



Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2
CCC 2435/2017/2/CNC1

Reg. n° 456/2017

///n la ciudad de Buenos Aires, a los nueve días del mes de junio de 2017, se reúne la Sala II de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal integrada por los señores jueces doctores Horacio Leonardo Días, Eugenio Sarrabayrouse y Daniel Morin, asistidos por la secretaria actuante, doctora Paula Gorsd, a los efectos de resolver los recursos de casación interpuestos por la Fiscalía General ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal a fs. 5/12 y por la defensa oficial de los imputados a fs. 28/39vta. respectivamente, en el marco de la causa n° 2435/2017/2/CNC1, caratulada “*F., J.E. o M. y otros s/legajo de casación*”, de la que **RESULTA:**

I. Que en lo que aquí puntualmente interesa, con fecha 31 de enero de 2017, la Sala de FERIA “A” de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal decidió “**CONFIRMAR** la resolución de fs. 59/60, en cuanto fue materia de recurso”.

Que en tal resolución, dictada por el Juzgado Nacional de Menores n° 3, se rechazaron los planteos de inconstitucionalidad y de inaplicabilidad de la ley 27.272, incoados por la defensa en la audiencia regulada por el art. 353 *bis* del Código Procesal Penal de la Nación (CPPN); norma que precisamente fue sustituida por dicha legislación, la que a su vez reemplazó el Título IX del Libro II del CPPN y reguló así un procedimiento para casos de flagrancia.

Asimismo, en esta última se ordenó también que el Expediente de Disposición del menor J.F. se remita al juzgado n° 2 del mismo fuero, por registrar allí uno anterior en trámite; en tanto que en lo que hace al restante imputado, el menor A.D.S., se decidió el 13 de enero del citado año y en el marco del expediente tutelar n° 2435/A



mantener su internación el tiempo mínimo e indispensable, hasta delinear una estrategia de intervención acorde a su problemática; siendo derivado el nombrado al Instituto San Martín (cfr. la constancia de fs. 65 del cuerpo principal).

II. Que en tal sentido es importante destacar aquí que, según surge de los autos principales, las presentes actuaciones se iniciaron con fecha 12 de enero de 2017, a las 15:40 horas aproximadamente, oportunidad en la cual la Sargento Liliana Marcial –mientras se encontraba recorriendo el radio jurisdiccional en bicicleta, efectuando tareas de prevención– fue detenida en su marcha por una persona que circulaba a pie, de nombre Florencia Laura Peso, la cual estaba en esos momentos comunicándose con la línea telefónica 911, quien le indicó que instantes antes había podido observar cómo tres (3) personas –cuyas vestimentas y aspectos corporales brindó en términos generales– trataron de destrabar una motocicleta que se encontraba estacionada en la avenida Boedo, a metros de su intersección con la avenida Rivadavia de esta ciudad, y a cuyo fin uno de ellos violentó el vehículo en cuestión, mientras otro hacía vigilancia y finalmente el tercero se había subido al mentado rodado; al que luego puso en marcha, dándose a la fuga por la avenida Boedo en dirección a la calle Don Bosco.

Que asimismo, le advirtió también que los dos sujetos que no se fueron con la moto se encontraban sentados en la vereda de la Avenida Boedo, motivo por el cual se dirigió hacia ese lugar, siendo que al aproximarse a la ochava de la intersección conformada por la mencionada arteria e Hipólito Yrigoyen pudo observar a dos personas que, coincidentes con la descripción antes recibida y señaladas nuevamente por la nombrada Peso, venían caminando por la citada avenida; procediendo entonces a la aprehensión de ambas.

En ese momento, apareció también un individuo, de nombre Ariel Balderrama, quien dijo ser el propietario de la motocicleta



Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2
CCC 2435/2017/2/CNC1

robada, el cual relató que un transeúnte les había señalado a los dos detenidos como las personas que habían participado en la sustracción de su rodado.

Que con posterioridad se procedió a identificar y a palpar de armas a los aprehendidos; efectuándose la pertinente consulta con la Fiscalía Nacional de Menores n° 6.

Que en virtud de dicha consulta, se ordenó llevar a cabo el procedimiento por flagrancia regulado por el art. 353 *bis* del CPPN; dar cuenta de todo lo sucedido al juzgado en turno, a los efectos de que proceda a fijar la correspondiente audiencia; que se notifique a la víctima de sus derechos y se le haga saber que puede concurrir a dicha audiencia; que se informe también a los detenidos de sus derechos y se labren las respectivas actas; que se tome declaración testimonial a la víctima y a los demás testigos, incluyendo los de actuación; que ambos menores de edad sean trasladados al Instituto Inchausti, en donde deberán ser asistidos por un médico legista; y que se practiquen otras medidas de naturaleza probatoria, como ser la confección de un croquis ilustrativo, la realización de vistas fotográficas, etc.

Que habiéndose dado cumplimiento a todo ello, el mismo 12 de enero de 2017, a las 22:30 horas, el titular de la Secretaría n° 8 del Juzgado Nacional de Menores n° 3 ordenó remitir al día siguiente todas las actuaciones e informó, asimismo, que impartiría directivas al mencionado Instituto Inchausti.

Que en dichas actuaciones, es importante destacar, constan también sendas actas de remisión –la de J.F. a fs. 39, en tanto que la del otro menor, A.D.S., a fs. 43–, ambas fechadas el 12 de enero de 2017; siendo que la primera de ellas tiene como horario las 17:00 hs., en tanto que en la segunda figura las 17:30 hs. Asimismo, lucen a fs. 40 y 44 respectivamente los correspondientes informes médicos legales.



Así las cosas, el 13 de enero de 2017 –según surge del decreto obrante a fs. 53– el mencionado juzgado de menores dio ingreso a esas actuaciones policiales, ordenó efectuar la audiencia inicial en esa misma fecha, en virtud de haber declarado el fiscal al caso como de flagrancia (cfr. los arts. 285 y 353 *bis* del CPPN), y dispuso provisionalmente de ambos menores de edad a los efectos de constatar si había medidas tuitivas para aplicarles, atento que se encuentran imputados en autos por la comisión de un delito y en razón de lo normado por los párrafos segundo y tercero del art. 1° de la ley 22.278, con el fin de que las medidas que se adopten a su respecto tengan por objeto asegurar que sean tratados apropiadamente para su bienestar y de manera proporcional tanto en lo que concierne a sus circunstancias, como así también en lo que hace a la infracción investigada (cfr. los arts. 37, inciso b), y 40, inciso cuarto, de la Convención de Derechos del Niño –CDN–, 14.4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos –PIDCyP– y 5.5 y 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos –CADH–).

Que finalmente, antes de celebrarse la mencionada audiencia del art. 353 *bis* del CPPN, a fs. 54/58 luce agregado un escrito presentado por la defensa de ambos imputados, en el cual se requiere la no aplicación en este caso de la ley 27.272 y, subsidiariamente, su declaración de inconstitucionalidad en lo que tiene que ver estrictamente con este fuero de especialidad; solicitando, en consecuencia, la aplicación del procedimiento ordinario regulado por el CPPN.

En tal sentido, y en prieta síntesis, argumentó dicha parte que la nueva legislación choca principalmente con los principios de especialidad, al imponer plazos procesales menos prolongados, de privación de la libertad como medida sólo aplicable a casos de extrema necesidad, de mínima intervención penal y de progresividad y no regresividad.



III. Que contra la decisión de la cámara de apelaciones mencionada en el primer punto de estas resultas, la defensa oficial de los imputados interpuso recurso de casación a fs. 28/39vta. del mencionado legajo de casación, el cual fue oportunamente concedido, mediante el interlocutorio que luce a fs. 42 de dicho legajo.

En dicha impugnación se articularon una serie de agravios, consistentes en plantear primeramente la inconstitucionalidad íntegra de la modalidad de procedimiento consagrada en la mencionada ley, cuando se trata de un proceso seguido contra menores de edad en infracción a la ley penal, así como también en solicitar la nulidad de la decisión impugnada por entender que ésta no trató debidamente una serie de cuestionamientos articulados en el recurso de apelación; y subsidiariamente, en requerir también –para el supuesto que se considere a ésta constitucional– su no aplicabilidad a esta clase de casos, sobre la base de que siempre que existan menores imputados el trámite del procedimiento será complejo y, por lo tanto, no deberá aplicarse el mecanismo regulado para la flagrancia, sino que deberá serlo aquél que constituye el procedimiento ordinario del CPPN.

Asimismo, hizo reserva de caso federal en función del art. 14 de la ley 48, por hallarse en juego principios y garantías constitucionales; revistiendo el presente caso además, siempre según su opinión, gravedad institucional ante la posibilidad de que se origine la responsabilidad del Estado por incumplimiento de sus obligaciones internacionales.

IV. Que de igual modo, el fiscal general ante la referida cámara de apelaciones, Ricardo Sáenz, interpuso también un recurso de casación contra la mentada decisión de dicha judicatura, el cual fue concedido a fs. 14 del citado legajo.

En tal impugnación, el Ministerio Público Fiscal invocó dos causales para articular sus agravios: por un lado, señaló una violación a los derechos de los menores consagrados en la Constitución

Nacional (CN) y en la CDN, esta última con rango constitucional dentro de nuestro ordenamiento jurídico nacional a partir del art. 75, inciso 22, de la CN. Y por el otro, adujo arbitrariedad en la sentencia recurrida, al momento de tener que valorar y decidir respecto de los planteos introducidos por esa parte en la respectiva audiencia de apelación.

Asimismo, hizo reserva de recurrir ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) por vía del recurso extraordinario previsto por el art. 14 de la ley 48, por entender que se han vulnerado en el presente trámite garantías constitucionales.

V. Que habiendo sido oportunamente recibidos en la cámara los dos legajos de casación, uno por cada recurso interpuesto, tal y como surge de los decretos obrantes a fs. 16 y 44, la Sala de Turno se reunió con fecha 10 de marzo del corriente año para analizar la admisibilidad de sendas impugnaciones; decidiendo ese mismo día, y de conformidad con la regla práctica 18.2, remitir el presente caso a la Oficina Judicial para que lo asigne a una sala del tribunal, y otorgándole a los dos recursos el trámite previsto por el art. 465 *bis* del CPPN.

VI. Desinsaculada esta sala, se procedió a celebrar el pasado 19 de abril de 2017 la audiencia prevista por los arts. 454 y 465 *bis* del CPPN; a la que comparecieron ambas partes recurrentes, representadas en tal acto por los Dres. Sáenz –por el Ministerio Público Fiscal– y Maciel –en lo que respecta al Ministerio Público de la Defensa–.

En dicha audiencia, los mencionados mantuvieron sus respectivos recursos de casación oportunamente deducidos en las presentes actuaciones y efectuaron un desarrollo y una ampliación de las razones relativas a los agravios oportunamente incoados en los respectivos recursos de casación.



Finalmente, atento que las dos impugnaciones atacaban la misma resolución se dispuso el pasado 8 de mayo del presente año la acumulación de los dos legajos de casación (cfr. el decreto que luce a fs. 54).

VII. Sobre los aspectos reseñados se arribó a un acuerdo en los términos que seguidamente se pasan a exponer.

Y CONSIDERANDO

El juez Horacio L. Días dijo:

I. Inicialmente corresponde señalar que los dos recursos de casación interpuestos en las presentes actuaciones, tal y como surge de las resultas reseñadas precedentemente, articulan una serie de agravios de diferente naturaleza –algunos de ellos con puntos de contacto con la otra presentación que impugna a la resolución adoptada por la cámara de apelaciones–, lo que impone su tratamiento diferenciado; a los efectos de poder brindar así una exposición mucho más clara de cada una de las objeciones alzadas en contra de la decisión recurrida.

II. Recurso de casación interpuesto por la defensa

a) El primer agravio interpuesto por la asistencia técnica de los imputados consiste en denunciar una **violación al sistema acusatorio**, toda vez que –de acuerdo con la opinión del recurrente– en virtud de haber adherido la fiscalía de cámara (en la audiencia prevista por el art. 454 del CPPN) a su planteo de inconstitucionalidad del régimen de flagrancia en casos que involucran a menores de edad y de haber requerido también la aplicación del régimen común en tales supuestos, la cámara de apelaciones no podía ir más allá de lo solicitado por ésta; so pena de afectar de este modo al acusatorio.

Al respecto, debo señalar que –de acuerdo a mis reflexiones volcadas en el punto IV) del voto que emití con fecha 13 de octubre de 2016 en la causa n° 72517/2013/TO1/CNC1, caratulada “Monteros, Jonathan Maximiliano s/robo” (Registro n° 807/2016 de la

Sala I^a de esta cámara de casación), cuando expliqué cuál es el esquema que debe presentar todo proceso penal para que se ajuste a las pautas contempladas por nuestra CN; destacando en dicha oportunidad la función que poseen los jueces de arribar a una *síntesis* con sus decisiones, entendiéndose entonces a éstas como fundadas y razonadas, pues garantizan de este modo el denominado *juicio previo* del art. 18 de la CN, por medio de las cuales interpretan y seleccionan las normas jurídicas que corresponden aplicar al caso concreto (cfr. también sobre este aspecto el punto XI de mi voto emitido en esta misma sala en la causa n° 381/2010/1/CNC1, caratulada “Salinas, Ezequiel Matías s/legajo de casación”, Registro n° 1049/2016, resolución de fecha 30 de diciembre de 2016)– el sistema acusatorio no impone semejante solución en situaciones como la configurada en autos.

En efecto, concordantemente con ese esquema de funcionamiento, expresamente **nuestra CN en su art. 116** establece que “corresponde a la Corte Suprema y a los **tribunales inferiores de la Nación, el conocimiento y decisión de todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución, y por las leyes de la Nación...**” (la negrita me pertenece); lo que implica entonces que nunca puede dejarse supeditada la interpretación y alcance de una norma de naturaleza constitucional y/o legal al arbitrio de aquello que puedan eventualmente sostener de manera conjunta el acusador (público o privado) y el acusado en un mismo proceso.

Finalmente, a mayor ilustración, basta recordar aquí que cuando hablamos de esta modalidad de enjuiciamiento –esto es, el acusatorio– se ha dicho con razón que responde esencialmente a la idea de que exista una discusión entre dos partes opuestas, resuelta por un juez; estando caracterizado porque el poder de decisión (jurisdicción) pertenece a un órgano estatal (magistrado), en tanto que el poder de iniciativa o acusación corresponde a una persona distinta a la del juez;



siendo que el proceso penal no puede incoarse sin la debida acusación y estando el juez, una vez formulada ésa, vinculado a examinar únicamente las pruebas (relativas a los hechos objeto de discusión) alegadas por la acusación, la que actuará en igualdad de posición con el acusado (cfr. LEONE, Giovanni, *Tratado de Derecho Procesal Penal*, Tomo I: “Doctrinas generales”, traducido por Santiago Sentís Melendo, E.J.E.A., Buenos Aires, 1990, ps. 21 y 22).

En consecuencia, teniendo en cuenta las razones brindadas precedentemente, corresponde rechazar este primer agravio.

b) En segundo lugar, la defensa sostiene también que **la resolución impugnada adolece de arbitrariedad**, dado que –en opinión del recurrente– ningún tratamiento han recibido los cuestionamientos basados en el interés superior del niño, debido proceso legal, defensa en juicio, división de poderes y afectación de los principios de “progresividad”, “no regresividad”, “mínima intervención penal” y demás garantías constitucionales y/o convencionales; todo lo cual constituye una cuestión federal suficiente para acceder a la CSJN.

En lo que hace estrictamente a este punto, advierto que se trata de una mera y simple discrepancia que presenta el impugnante en relación con lo decidido por la cámara de apelaciones, sin que pueda sostenerse –a partir de una lectura concienzuda de la decisión aquí recurrida, como así también de la apelación que motivó la intervención del *a quo*– que ésa haya dejado de abordar todos y cada uno de los planteos incoados por la defensa en su respectiva pieza de impugnación; por lo que, en consecuencia, no puede decirse que la resolución atacada haya incurrido en arbitrariedad por no dar debida respuesta a los cuestionamientos incoados por la defensa.

Ello máxime, cuando el mismo recurrente se limita solamente a denunciar la supuesta existencia de una arbitrariedad, indicando simplemente y a tales fines los planteos hipotéticamente no tratados,



pero sin dar argumentos ni explicaciones que permitan identificar de manera clara y precisa por qué se habría configurado lo denunciado por esa parte.

En esa línea de razonamiento, por un lado, no debemos olvidar que **la existencia de arbitrariedad en la sentencia destaca un vicio de alteración esencial** en dicho acto jurídico que principalmente implica una violación al derecho de defensa en juicio consagrado en el art. 18 de la CN, en cuanto ése se caracteriza por la deformación o alteración que hace el juez al dictar sentencia, ya sea en su labor cognoscitiva o en su juicio de razón; y que puede manifestarse por la **exclusión de algunos de los elementos esenciales en cualquier clase de proceso** (condiciones necesarias de ése) **o en los contenidos sustanciales de aquéllos** (que justifican la razón eficiente del juicio consecuente): siendo los primeros las partes, la litis, los elementos probatorios, la norma legal aplicable y el juicio de razón del magistrado; en tanto que estos últimos son todas aquellas partes o ingredientes que lo integran y que fundamentan la condición de razón suficiente para la consecuencia correspondiente. Este último supuesto se da cuando el juez en su labor de conocimiento sustituye los contenidos de los elementos necesarios totalmente, o prescinde de ellos en forma parcial, o suma o agrega ingredientes ajenos, o cuando en su labor de razón de juicio decide una consecuencia en contradicción con los antecedentes. Así, a la luz de los principios lógicos jurídicos se comprueba que el juez arbitrariamente ha deformado la identidad de los contenidos procesales, presentando en la sentencia una entidad distinta o cuando su juicio de razón decisiva deduce una consecuencia que contradice los antecedentes del caso. Por todo ello, la arbitrariedad excluye las consideraciones de orden valorativo; siendo que el vicio está en la alteración del pensamiento del magistrado respecto al objeto procesal y no se juzga a ésa por su gravamen o injusticia, sino por la alteración deformante que ha





introducido el pensamiento del juez al dictar sentencia (cfr. FIORINI, Bartolomé, “La sentencia arbitraria”, publicado en *Doctrinas esenciales: Derecho Procesal Penal (1936-2012)*, dirigido por Edgardo Alberto Donna, Tomo I: “Principios Fundamentales”, La Ley, 1ª edición, Buenos Aires, 2013, ps. 1087 y 1088).

Y por el otro lado, también es importante recordar que “la motivación es el razonamiento de censura que el impugnante formula contra la resolución atacada, sea para destruir las premisas y conclusiones de ella o para demostrar su ilegalidad. Es la interpretación del agravio que provocó la instancia impugnativa. [...] No debe confundirse, sin embargo, con el desarrollo de los fundamentos del recurso que suelen autorizarse durante el progreso de la vía impugnativa. [...] La motivación es la indicación de una o más censuras a la resolución impugnada, que determinan el ámbito del agravio, y por tanto, el límite del recurso. Debe ser clara, precisa y específica... **Esas censuras constituyen la médula de la motivación, y deben estar acompañadas de los correspondientes razonamientos: fundamentación del o de los agravios**” (CLARÍA OLMEDO, Jorge A., *Tratado de Derecho Procesal Penal*, Tomo V: “La actividad procesal”, 1ª edición, Rubinzal-Culzoni editores, Santa Fe, 2009, ps. 479 y 480; el destacado me pertenece).

Así las cosas, a todas luces la impugnación bajo estudio no se encuentra motivada en lo que hace a este punto, desde el momento en que no se rebaten los argumentos brindados a este respecto por la instancia anterior; ni tampoco se advierte que esté dirigida contra una resolución arbitraria, en los términos previamente especificados.

Es por tal motivo que, como ya he señalado, este agravio se presenta como una mera disconformidad que no alcanza a cumplir con las exigencias procesales necesarias para ser considerado como un planteo a ser tratado por este tribunal de casación; siendo entonces que, en virtud de todo ello, también deberá ser rechazado.

c) Posteriormente, el recurso de casación interpuesto por la asistencia técnica de los imputados sostiene que el procedimiento de flagrancia aplicado a los menores en infracción a la ley penal supone también una **afectación al principio de especialidad** que exige brindarles a éstos un trato diferenciado respecto de aquél que poseen los adultos, y por el cual deben establecerse normas y procedimientos específicos (cfr. los arts. 40 y 41 de la CDN).

En tal sentido, recuerda también que los menores de edad –y mucho más los que están en conflicto con la ley penal– son grupos considerados socialmente vulnerables y, como tales, merecen un trato distinto, una discriminación positiva, para que no se vean especialmente desplazados del goce efectivo de sus derechos; siendo que, de acuerdo a la visión sostenida por la defensa, la ley 27.272 ha obviado tal circunstancia, al igualar la situación de los menores respecto de los adultos en los procedimientos iniciados por delitos presuntamente cometidos en flagrancia.

En relación con este aspecto considero importante puntualizar aquí, como primera cuestión, que **la inclusión del nuevo procedimiento en materia de flagrancia en el rito penal nacional**, efectuado mediante la mencionada ley 22.272, **no conlleva una derogación o eliminación del conjunto de normas** que dentro de nuestro ordenamiento jurídico son **aplicables específicamente a los procedimientos seguidos contra menores de edad** en situación de supuesta infracción a la ley penal.

En efecto, como ya tuve oportunidad de explicar en el expediente n° 62.770/2013/TO1/5/CNC1, caratulado “Prieto Oscar Damián s/recurso de casación”, sentencia dictada por la Sala Iª de esta cámara el 6 de mayo de 2016 y registrada bajo el número 251/2016, el sistema de reacciones penales en materia juvenil debe ajustarse a una serie de normas de naturaleza convencional (principalmente la CDN), además de otras con igual origen internacional (como son las Reglas



de RIAD o de Beijing), a las que obviamente se suman las que pertenecen a nuestra CN, a la luz de la interpretación y alcance que de todas ellas ha efectuado nuestra CSJN (principalmente en los famosos precedentes “Maldonado” y “García Méndez”); siendo que éstas en su totalidad revisten el carácter de principios jurídicos.

Tales principios jurídicos, según señalé –cita mediante del jurista Robert Alexy y del profesor Gustavo Arocena– en el ya nombrado caso “Salinas, Ezequiel Matías”, fijan de modo genérico determinados objetivos económicos, sociales, políticos o de una índole equivalente, o materializan exigencias de tipo moral; es decir, son mandatos de optimización que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas. Por otro lado, las reglas jurídicas exigen que se haga exactamente lo que en ellas se ordena; contienen una determinación en el ámbito de las posibilidades jurídicas y fácticas. De cualquier manera, ambos –tanto los principios como las reglas– son normas jurídicas.

Ahora bien, de conformidad con tales explicaciones, y limitándome a aquello que ha sido objeto de impugnación, esto es la aplicación de esta modalidad de enjuiciamiento a los menores, debo recordar como primer aspecto que **en materia de procedimientos penales seguidos contra menores rige el CPPN**. Es decir, la ley 23.984 –y sus sucesivas leyes modificatorias, como justamente ocurre con la referida ley 27.272–, al regular el rito penal nacional, determinó su propia aplicación a los procedimientos seguidos contra menores. Para ello, y dados los principios jurídicos que rigen precisamente en esta materia, consagró dentro de la misma codificación una serie de reglas jurídicas especiales.

En efecto, **el CPPN contiene de manera específica un capítulo**, el segundo, insertado dentro del Título II, denominado precisamente *Juicios especiales*, que está dentro de su Libro Tercero, el cual **regula de manera particular cómo deberá efectuarse el ritual frente a casos de presuntos delitos cometidos por menores de edad**.

Tal capítulo, conformado por los **arts. 410 a 414**, contiene una **regla general**, por la cual en esta clase de causas **deberá procederse siempre conforme a las disposiciones comunes del CPPN, con excepción de aquellas establecidas justamente allí** (cfr. el **art. 410** del mencionado código adjetivo). Y luego determina una serie de directivas específicas en lo que hace a la detención y alojamiento (*vid.* el art. 411 del CPPN), a las medidas tutelares (léase el art. 412 de igual cuerpo normativo), al debate (de acuerdo con lo dispuesto en su siguiente artículo) y a la reposición de medidas de seguridad y/o de educación (conforme surge del art. 414 del CPPN); todo ello, siempre referido a menores imputados en procesos penales.

Asimismo, pueden advertirse también otras reglas jurídicas contenidas en las disposiciones comunes del mismo CPPN, que son aplicables a los procedimientos seguidos contra menores, como por ejemplo su art. 315; el cual específicamente excluye en tales casos a las disposiciones que rigen en materia de prisión preventiva, las que obviamente resultan ser operativas por mandato de la mencionada regla general contenida en el art. 410 del CPPN.

Dicho esto, se advierte entonces que el legislador ha contemplado –al menos con un cierto grado– una regulación específica para procesos que involucran a menores; no pudiendo afirmarse su ausencia por el simple hecho de que el procedimiento por flagrancia no haya contemplado un tratamiento diferente a aquél que tienen los adultos imputados en virtud de la comisión de algún hecho delictivo. En tal sentido, tampoco lo ha hecho –por ejemplo– para la





etapa de instrucción o los trámites recursivos; e inclusive, de igual manera se había conducido con el anterior procedimiento contemplado en los arts. 353 *bis* y *ter* del CPPN, los que fueron derogados precisamente por la mentada ley 27.272.

Por lo tanto, el ordenamiento ritual contempla una serie de reglas jurídicas –en cuanto determinan lo que debe hacerse, de acuerdo a su vez con los mandatos de optimización contenidos en los principios jurídicos–, relativas a los menores, que como tales cumplen (en cierto punto) con la especificidad dentro de la legislación procesal, conformada casi en su totalidad por el CPPN.

Así las cosas, es claro entonces que, de acuerdo con la máxima general del derecho que reza *lex specialis derogat generali*, no puede sostenerse que la sanción de la ley sobre flagrancia –cuyo alcance es general, pues su ámbito de aplicación claramente está circunscripto a regular una determinada modalidad de procedimiento frente a ciertos supuestos– haya derogado las mencionadas disposiciones especiales contenidas en el CPPN, relativas a los menores de edad que son encausados. Ello es así, máxime cuando no hay referencia particular alguna en ésta, en lo que tiene que ver con esta última clase de procedimientos.

Por lo demás, lo mismo puede predicarse, siendo que efectivamente así se ha hecho desde su implementación misma, en relación con otras reformas que sufrió nuestro CPPN y por medio de las cuales se introdujeron nuevas modalidades de enjuiciamiento: me refiero por ejemplo, claro está, a la ley 24.825 que implementó el llamado *Juicio Abreviado* (cfr. el art. 431 *bis* del CPPN), el cual se aplica también a los procedimientos seguidos contra menores, no obstante no haberse indicado en forma expresa dicha posibilidad, y sin que este instituto se considere como modificadorio de las disposiciones especiales que rigen en esa clase de procedimientos.

Es que el CPPN, en cuanto cuerpo normativo, se caracteriza por su unidad, sistematicidad e integridad; constituyendo así un sistema de reglas que aseguran la concreción de un procedimiento –de un rito–, de acuerdo a las garantías constitucionales aplicables en la materia (principalmente, la del juicio previo que, como tal, impone a los jueces la adopción de decisiones jurisdiccionales fundadas en derecho y en los hechos probados, como derivación lógica del choque previo entre los poderes de acción –a cargo del acusador– y de excepción –cuyo titular es el acusado–), y por medio del cual se realiza, se materializa, el derecho penal.

Por supuesto que lo señalado hasta aquí no necesariamente implica la inexistencia de tensiones entre las diferentes reglas contenidas dentro del ritual penal nacional. Pero una vez más, y siempre de acuerdo con los principios generales que rigen el Derecho, algunas reglas se imponen por sobre otras en los diferentes casos puntuales que deben ser tratados por la judicatura, sin que ello implique –en mi opinión personal– la creación de una tercera ley por parte de los jueces.

Esta situación puede graficarse con el siguiente ejemplo: como ya se explicó, el art. 410 del CPPN remite a las disposiciones comunes de ese mismo cuerpo normativo en las causas seguidas contra menores de dieciocho (18) años de edad; dejando a salvo, al mismo tiempo, todas aquellas que integran tal capítulo (es decir, los arts. 411 a 414 inclusive). Así las cosas, si bien el art. 363 del CPPN consagra la publicidad de todo debate, incluso bajo pena de nulidad, como derivación del principio republicano de gobierno (cfr. el art. 1º de la CN), lo cierto es que el primer inciso del art. 413 del CPPN restringe dicho mandato en los casos de juicios orales seguidos contra menores, en razón precisamente de hallarse comprometidos allí también otros principios (propios de supuestos que involucran a menores de edad como acusados) que hacen ceder la regla general en



favor de aquella especial: con razón se ha dicho que se busca así, como fundamento final, resguardarlos de la denominada “pena del banquillo” que implica su exposición en una audiencia de juicio (cfr. TERRAGNI, Martiniano, *Proceso Penal Juvenil, práctica y jurisprudencia*, La Ley, 1º edición, Buenos Aires, 2015, p. 356).

Así, la interpretación armónica de ambas reglas –en función de los principios jurídicos que se encuentran en juego–, las cuales (por otra parte) pertenecen expresamente al mismo cuerpo legal (el CPPN) con sus distintas modificaciones producidas a lo largo del tiempo, que como tal conduce a la aplicación de una de ellas y el desplazamiento de la restante, no puede considerarse como la creación de una nueva ley por parte de los jueces.

Es por todo ello que corresponde rechazar también este agravio.

d) A continuación, el recurrente también se queja de los **reducidos tiempos** que hay en este tipo de procedimiento, a los cuales considera incompatibles con el plazo de un (1) año establecido como mínimo para realizar el tratamiento tutelar que exige el art. 4º de la ley 22.278, el cual es necesario para determinar la imposición de una pena.

En este sentido, denuncia también que de este modo se ve **afectado el principio de “mínima intervención penal”**, ya que –en opinión de la defensa– la nueva normativa tiene una finalidad evidente y eminentemente retributiva que desconoce el objetivo que debe tener todo proceso penal seguido contra menores, desde el momento en que impide la eventual absolución o reducción de pena contempladas en el artículo citado anteriormente.

Este agravio tampoco podrá prosperar, toda vez que **el mecanismo aquí cuestionado regula la dinámica del procedimiento hasta el dictado de la sentencia**; sin tener relevancia alguna en lo que se refiere estrictamente a lo sostenido por el recurrente.

En efecto, nótese que el último artículo incluido en el nuevo Título IX, denominado “Procedimientos para casos de flagrancia”, que pertenece al Libro II del CPPN, el 353 *septies*, determina la constitución del tribunal, el ofrecimiento de prueba y la audiencia de debate. Así las cosas, será precisamente por medio de ésa que el menor imputado podrá ser declarado (o no, según sea el caso) penalmente responsable; siendo que sólo una vez cumplimentado el mencionado tratamiento tutelar, el cual debe durar como mínimo un (1) año, se efectuará entonces el correspondiente juicio de cesura si el menor fue declarado penalmente responsable y si cumplió además los dieciocho (18) años de edad (cfr. el art. 4° de la ley 22.278).

Dicho en otras palabras: “...luego de la audiencia de juicio oral y reservada, son dos las opciones procesales que respecto de la persona menor de edad puede tomar el Tribunal: la absolución o la declaración de responsabilidad penal de la persona menor de edad acusada de la comisión de un delito. [...] En caso de recaer una sentencia que declare la responsabilidad penal de una persona menor de edad el juez o tribunal cuenta con las siguientes alternativas: a) **Suspender** el trámite de las actuaciones hasta una fecha determinada, a la espera de la evolución del tratamiento tutelar, y en ese momento resolver si corresponde o no imponer una pena y en su caso fijar el monto. b) **Resolver** junto con la declaración de responsabilidad penal del niño (y cumpliéndose ciertos requisitos) en el mismo acto su situación tutelar y decidir si corresponde o no imponer una pena y el monto de ella” (ÍDEM, ps. 377 y 378; la negrita se halla en el texto original).

De manera tal de que, aún para el caso de que efectivamente la aplicación de esta mecánica procesal conlleve una drástica reducción en los tiempos generales del procedimiento, lo cierto es que ello no impide la terminación del tratamiento tutelar en los términos requeridos por el art. 4° de la ley 22.278 y, consecuentemente con



esto, la resolución de su situación tutelar y la determinación del monto de pena a aplicar, para el caso que se considere necesaria su imposición, de conformidad a cuanto regula esta última norma y al alcance de ésta fijado en el precedente “Maldonado” de nuestra CSJN.

e) Luego, el impugnante señala también que el nuevo art. 353 *ter* del CPPN **avanza** sobre la independencia y la soberanía que debe tener el órgano jurisdiccional al momento de tomar decisiones que involucran los derechos de los menores de edad; en particular, **sobre el derecho a gozar de la libertad ambulatoria durante la sustanciación del proceso** (según lo disponen los arts. 14 y 18 de la CN y los arts. 1º y 280 del CPPN).

En tal sentido, agrega también que no se han observado los parámetros objetivos que eventualmente fundan la existencia de riesgos procesales –esto es, el peligro de fuga o el entorpecimiento de la investigación–, los que hipotéticamente suponen a su vez un peligro para los objetivos del proceso penal (averiguación de la verdad y aplicación de la ley sustantiva); siendo que, asimismo y siempre de acuerdo con la visión desplegada por el recurrente, esta crítica no fue abordada por la resolución cuestionada.

Finalmente, manifiesta que el mentado derecho a la libertad ambulatoria se encuentra aquí vulnerado, pues cuando se trata de imputados menores de edad ésta debe restringirse sólo a casos de extrema necesidad; siendo que la ley tachada de inconstitucional, a juicio del recurrente, no brinda otra posibilidad que la de privar de su libertad al menor por haber cometido presuntamente un hecho ilícito en flagrancia, durante un plazo que se puede extender hasta las cuarenta y ocho (48) horas.

A los efectos de resolver este planteo, es necesario recordar antes que nada no sólo las nuevas disposiciones introducidas por la ley 27.272, sino también aquéllas que regulan de manera genérica las circunstancias que habilitan la aplicación de iniciales medidas de

coerción personal sobre el imputado (cfr. el Título IV, denominado *Situación del imputado*, Capítulo I: *Presentación y comparecencia*, ambos pertenecientes al Libro Segundo del CPPN). Me refiero puntualmente, claro está, a los arts. 284, inciso cuarto, 285, 286 y 287 de ese mismo cuerpo normativo.

En efecto, el primero de ellos (incluido en el ritual penal nacional desde su sanción misma en el año 1991, mediante la promulgación de la ley 23.984) fija las situaciones en las cuales los funcionarios y auxiliares de la policía **tienen el deber de detener – inclusive, sin orden judicial–; siendo que en el mencionado inciso cuarto de dicha norma se hace alusión a quienes hayan sido sorprendidos en flagrancia durante la comisión de un delito de acción pública reprimido con pena privativa de la libertad. Luego, a su vez, el art. 285 del CPPN define lo que debe considerarse como flagrancia.**

Es que en ése, modificado por el art. 8° de la reciente ley 27.272, se afirma que hay flagrancia “...si el autor del delito fuera sorprendido en el momento de intentarlo, cometerlo, inmediatamente después, si fuera perseguido o tuviera objetos o presentase rastros que permitieran sostener razonablemente que acaba de participar de un delito”. Tal redacción se presenta como sustancialmente análoga a la anterior.

Así las cosas, teniendo en cuenta las reglas que rigen en materia de procesos penales seguidos contra menores de edad, aspecto en relación al cual he tenido antes la oportunidad de explicar sus alcances, más precisamente en el punto C) de este mismo acápite, en virtud de la manda contenida en el art. 410 del CPPN, en las situaciones de flagrancia que involucran a menores de edad –desde la vigencia del actual CPPN– siempre existió para los agentes policiales el deber de detenerlos cuando eran sorprendidos en situación de flagrancia.



Luego, el art. 286 del CPPN dispone que la persona que haya practicado, de conformidad con la normativa precedente, la detención sin orden judicial “...**deberá presentar al detenido** inmediatamente en un plazo que no exceda de **seis (6) horas, ante la autoridad judicial competente**” (la negrita es mía); implicando ello entonces que el aprehendido debe quedar a la orden del juez interviniente dentro de dicho lapso temporal, a los efectos de que se verifique principalmente la legalidad de la actuación policial que derivó en la detención del sujeto en cuestión (cfr. ALMEYRA, Miguel Ángel – Director–, *Código Procesal Penal de la Nación. Comentado y anotado*, Tomo II (Arts.174 a 338), La Ley, 1ª edición, Buenos Aires, 2007, ps. 462 y 463; y D’ALBORA, FRANCISCO J., *Código Procesal Penal de la Nación anotado - comentado – concordado*, 8ª edición corregida, ampliada y actualizada por Nicolás F. D’Albora, Ed. Abeledo Perrot, Bs. As., 2009, p. 489), pues el verbo “presentar” en su primera acepción indica que se trata de hacer una manifestación de algo a alguien; o sea, de dar a conocer una determinada información sobre un asunto o tema específico.

Pero ese verbo, al mismo tiempo, también implica poner a alguien en presencia de otro sujeto; circunstancia que en este caso debe materializarse justamente ante el juez, y que no puede tener otra finalidad más que éste tome contacto personal con el aprehendido, le haga saber detalladamente cuáles son los hechos que se le imputan, le informe qué pruebas hay en su contra y le brinde la posibilidad de declarar, sin realizar promesa o juramento de decir la verdad y sin que su silencio pueda implicar una presunción en su contra: es decir, en una palabra, el objetivo aquí es indagarlo (cfr. los arts. 295 a 300 del CPPN).

Y precisamente ese acto de “presentar” –en el sentido de poner en presencia del magistrado interviniente al aprehendido, en este caso por flagrancia– con el fin de indagarlo tiene regulado también un

plazo específico en el art. 294 del CPP, en cuanto ése dispone textualmente que “cuando hubiere motivo bastante para sospechar que una persona ha participado en la comisión de un delito, **el juez procederá a interrogarla; si estuviere detenida, inmediatamente, o a más tardar en el término de veinticuatro (24) horas desde su detención. Este término podrá prorrogarse por otro tanto cuando el magistrado no hubiere podido recibir la declaración, o cuando lo pidiere el imputado para designar defensor**” (el destacado me pertenece).

Tales plazos coinciden justamente con los tiempos que la flamante ley de flagrancia ha estatuido para realizar la audiencia prevista en el segundo párrafo del art. 353 *ter* del CPPN, en la cual tendrá lugar la declaración indagatoria del aprehendido (ver a este respecto todo el art. 353 *quater* del CPPN; en particular, su noveno párrafo, en cuanto ése remite a las normas propias de dicho instituto –surgidas de los arts. 294 a 305 del CPPN– en la medida en que no contradigan lo dispuesto para esta particular modalidad de procedimiento).

Se aprecia entonces que no ha existido verdaderamente un cambio, desde el punto de vista estrictamente normativo, en lo que hace a los menores y al tiempo de detención a ellos aplicable cuando media un delito cometido en flagrancia, puesto que –y conforme manda el art. 410 del CPPN– su aprehensión ya era un deber para los agentes policiales cuando se configuraba tal circunstancia (cfr. el inciso cuarto del art. 284 y el art. 285, ambos del CPPN); siendo que a partir de ello se debía comunicar esta situación al magistrado en un plazo de seis (6) horas para controlar la legalidad de la actuación policial en cuestión (cfr. el art. 286 del CPPN) y ése debía indagarlos inmediatamente, dentro de las veinticuatro (24) o cuarenta y ocho (48) horas de practicada la mentada detención (*vid.* el art. 292 de igual cuerpo normativo).





Esto último es así, toda vez que esa norma dispone –en los tiempos ya referidos– el interrogatorio del magistrado actuante cuando existen motivos suficientes de sospecha: extremo que, precisamente en razón de la naturaleza propia de todo delito cometido en flagrancia, se encuentra siempre presente en supuestos como el aquí analizado, dada la manera cómo ése justamente ocurre (cfr. D’Albora, *op. cit.*, p. 511 y DONNA, Edgardo Alberto, y MAIZA, María Cecilia, *Código Procesal Penal y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado*, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, Buenos Aires, 1994, p. 339).

Ello en efecto es de este modo, pues –desde el campo jurídico procesal– el término flagrancia “...indica un concepto fundado en lo que se ha *percibido de manera directa por el sujeto* que se vale de esa palabra, de modo tal que *le ha resultado evidente* aquello que estaba sucediendo y por tanto *le ha permitido justificadamente alcanzar un cierto significado comunicativo* del fenómeno apreciado. Tradicionalmente, *esa percepción incluye la presencia de uno o varios agentes de la situación, que habilita o legitima una injerencia en el ámbito de libertad u organización de esos sujetos* por parte de la autoridad o, en ciertos casos, de particulares. La noción de evidencia, que se vincula naturalmente con el término bajo análisis, supone claridad y certeza en la estimativa de lo que acontece, *desechando razonablemente la posibilidad de dudar*. Como se trata de una situación ostensible, que denota por sí misma cierta expresividad –*per se nota*– se relaciona con la idea de algo que se *muestra* y con ello convence, propiamente no se *demuestra*. De allí que en la doctrina se distinga entre delito *in fraganti* y delito *presunto* según el nivel de evidencia que alcanza quien percibe el suceso. En el mero delito presunto... operan sospechas y dudas que, si son razonables –fundadas– justifican también la injerencia de los funcionarios públicos. *Inmediatez, observación directa, sentido de contrariedad*

normativa de lo percibido, sujeto agente del comportamiento integrado al acontecer advertido y presencia del observador son elementos que configuran el concepto de flagrancia o in fraganti delito” (YACOBUCCI, Guillermo J., La flagrancia. Concepto y tipo procesal, 1ª edición, Hammurabi, Buenos Aires, 2017, ps. 22 y 23; la letra cursiva se encuentra en el texto original aquí citado).

Por lo demás, luego –al momento de celebrarse la audiencia oral inicial de flagrancia que está regulada por el art. 353 *ter* del CPPN– el juez actuante deberá decidir sobre la libertad o detención del imputado (cfr. el último párrafo de la norma aquí mencionada); debiendo ajustar dicha decisión, cuando se trate de un menor aprehendido, a las reglas contenidas en los arts. 315, el cual establece que las disposiciones en materia de prisión preventiva no le son aplicables, siéndolo en cambio aquéllas que corresponden a su legislación específica, y 411 del CPPN, ya que éste en su primer párrafo dispone que “la detención de un menor sólo procederá cuando hubiera motivos para presumir que no cumplirá la orden de citación, o intentará destruir los rastros del hecho, o se pondrá de acuerdo con sus cómplices, o inducirá a falsas declaraciones”. Ambos, en función de la ya explicada regla general contenida en el art. 410 de dicho código ritual.

Así las cosas, debe concluirse que la denunciada violación por parte del recurrente al art. 37 de la CDN no es tal, desde el momento en que el inciso b) de dicha norma expresamente prevé que “ningún niño sea privado de su libertad ilegal o arbitrariamente. La detención, el encarcelamiento o la prisión de un niño se llevará a cabo de conformidad con la ley y se utilizará tan sólo como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda”.

Finalmente, también debe descartarse aquí la existencia de una violación al principio de división de poderes, pues la regulación ritual cuestionada por el impugnante es el resultado de un ejercicio legítimo,



en lo que respecta a sus facultades legislativas, por parte del Congreso de la Nación para determinar cómo deberá procederse en situaciones cuando medie la comisión de un delito y se detecte su existencia durante su producción misma, o inmediatamente después de ello; sin advertirse luego, como desproporcionales, los tiempos establecidos por el CPPN para resolver la situación procesal del aprehendido (incluyendo su libertad o no durante el proceso) y, por tal razón, no representando dicha situación un avasallamiento de las funciones jurisdiccionales con que cuentan los jueces.

Lo antedicho me conduce, en definitiva, a descartar este agravio.

f) De igual manera, la defensa ha introducido también en su respectivo recurso de casación un agravio relativo a la supuesta afectación del **principio de progresividad**, por el cual debe existir una constante evolución, ampliación y expansión en el reconocimiento y protección de derechos y garantías del ser humano.

Es decir, el recurrente sostiene que se debe avanzar siempre en favor del hombre; contrarrestando de este modo el monopolio de la fuerza estatal. Y como contracara de ello afirma que se encuentra el **principio de no regresividad**, en cuanto ése impide todo eventual freno, atropello o pauperización de derechos humanos ya adquiridos. Funda ello en los arts. 29, *a contrario sensu*, y 19 de la CADH.

Se trata entonces, en opinión del impugnante, de un piso mínimo de obligaciones asumidas por el Estado, en virtud del cual no puede colocarse al menor en una situación peor a la que ya ostentaba en lo que hace a sus derechos y garantías.

En tal sentido, la defensa puntualmente identifica a dicha regresión con cuatro (4) situaciones, a saber: I) la imposibilidad de elegir la aplicación del procedimiento ordinario; II) el juzgamiento a cargo de un solo magistrado cuando la pena máxima prevista no sea mayor a los quince (15) años; III) que toda eventual impugnación

relativa a la aplicación o no del nuevo régimen de flagrancia deberá ser resuelta también por un solo juez; y IV) la caducidad en el derecho que tiene el imputado para solicitar la suspensión del proceso a prueba o la realización de un juicio abreviado, dado que los exiguos plazos establecidos a tales fines soslayan la situación de vulnerabilidad en la cual se encuentran siempre los menores de edad en conflicto con la ley penal.

Dicho esto, comenzaré el análisis de este agravio destacando que **las tres últimas situaciones indicadas en el párrafo anterior**, más allá de la fundamentación plausible que las sustenta desde un punto de vista teórico, ciertamente **se refieren de modo concreto a circunstancias hipotéticas, no configuradas en las presentes actuaciones.**

En efecto, como ya se ha destacado, aún nos encontramos en la etapa de instrucción; por lo que hasta el momento no se ha procedido a desinsacular el tribunal oral que deberá llevar a cabo la audiencia de debate. Asimismo, como puede observarse de la resolución dictada por la instancia anterior el pasado 31 de enero del corriente año, tres (3) son los magistrados que han intervenido a la hora de tener que resolver el recurso de apelación interpuesto contra la aplicación de la ley 27.272; e igual número de jueces intervienen en esta cámara de casación. Y finalmente, la defensa de los menores imputados no ha requerido la aplicación de ninguno de los dos institutos anteriormente mencionados, esto es la *probation* y/o el juicio abreviado, ni tampoco ha requerido una ampliación en los plazos procesales fijados para incoar una solicitud de esa naturaleza.

Es decir que **tales planteos** se presentan en estas actuaciones como **absolutamente conjeturales, hipotéticos y carentes de toda virtualidad**; de manera tal que no puede existir aquí agravio alguno, dado que ello debe implicar siempre un ataque a los intereses que poseen las partes. “Esto es lo que se conoce por *agravio* o *gravamen*



en el derecho procesal, y puede provenir de la **negativa a la pretensión o resistencia hechas valer**; de la aceptación de una y otra satisfaciendo al opositor, o de la negativa de oficio a un interés de la parte, **o de la decisión en contra de ese interés. La necesidad del agravio objetivamente considerado se muestra pues, como el límite subjetivo de la facultad de impugnar [...]**” (CLARIÁ OLMEDO, *op. cit.*, p. 466; de nuevo la cursiva no es propia, en tanto que la negrita sí me pertenece).

Como se puede observar, ninguno de estos extremos se ha configurado en autos en lo que respecta a esta clase de planteo; pues o bien no se han hecho valer tales pretensiones o, en su defecto, no ha existido una decisión en contra de tales intereses, de manera tal que no se haya configurado aquí el requisito del agravio que posibilita, en forma ineludible y excluyentemente, toda impugnación.

Por lo demás, lo mismo puede predicarse también, sin perjuicio de los argumentos ya brindados para su rechazo, en lo referente al agravio tratado en el punto D) de este mismo acápite, atento el estadio procesal en el cual se encuentran actualmente las presentes actuaciones.

Ahora bien, en lo que tiene que ver con la **primera situación antes descripta**, es decir con la imposibilidad de hacer uso del régimen ordinario establecido por el CPPN, el recurrente tampoco logra demostrar la existencia de una violación al principio de progresividad y de no regresión, desde el momento en que –como ya he explicado previamente– **no se detecta ninguna lesión a los derechos y garantías con que cuentan sus asistidos**, al menos tal y como ya se encontraban regulados normativamente, antes de la reforma aquí cuestionada; por lo que entonces nada puede decirse fundadamente sobre esta cuestión.

En tal sentido, **los principios invocados por la defensa no implican de por sí un derecho de los menores imputados a ser**

juzgados bajo el régimen procesal anterior, sino que ciertamente se **requiere acreditar** a tal fin, de manera clara y fehaciente, una **afectación a concretas garantías**, cuya lesión –en el caso y atenta la argumentación expuesta por esa parte– no se advierte en absoluto.

De lo contrario, podría sostenerse consecuentemente la existencia de una lesión, de esta misma naturaleza, en razón de producirse un mero cambio en el régimen ritual definido por el legislador: extremo que podría afirmarse en situaciones tales como, por ejemplo, la decisión de pasar de un mecanismo de procedimientos totalmente escrito a uno de naturaleza predominantemente oral; o bien por la determinación legislativa de acortar los plazos para interponer recursos.

Como se puede inferir de ambos supuestos, se tratarían de modificaciones que –sin más y siguiendo la lógica de razonamiento sostenida por el recurrente en su presentación– las partes podrían alegar que constituyen una violación a los mentados principios, requiriendo por ello su inaplicabilidad; cuando en realidad, ambas situaciones en sí no conllevarían afectación de derechos y garantías –circunstancia entonces que debe ser probada–, sino que se tratarían de decisiones meramente vinculadas con aspectos rituales.

En definitiva, y a la luz de los argumentos acá expuestos, soy de la opinión que este agravio tampoco puede prosperar.

g) Se sostiene también una **afectación al interés superior del niño** (cfr. los arts. 3º, inciso primero, de la CDN y 3º de la ley 26.061), ya que se afirma que con esta nueva legislación se desplaza el objetivo resocializador de los procesos seguidos contra menores de edad, consagrado a partir de la facultad que poseen los juzgadores de exceptuarlos de la aplicación de una pena, por un contenido retributivo o de prevención especial que impone el nuevo mecanismo procesal en casos de flagrancia.



Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2
CCC 2435/2017/2/CNC1

Destaca en tal sentido que otras legislaciones provinciales han dejado fuera de esta clase de procedimiento a los casos que involucran a menores de edad (cita la regulación de las provincias de San Juan, Tierra del Fuego y La Rioja), y afirma que ninguna cuestión vinculada con la “política criminal” puede anteponerse al mencionado “interés superior del niño”.

En relación con esta argumentación, toca decir que –más allá de lo expuesto precedentemente, en cuanto **no se advierte aquí un agravio actual**, pues todo este cuestionamiento se encuentra centrado en la eventual aplicación de una pena que aún no ha tenido lugar en este expediente– lo cierto es que ya he tenido oportunidad de explicar ello en el punto D) de este acápite, al cual me remito a los efectos de no extender más el presente voto.

Por lo demás, la mención efectuada por el recurrente, concerniente a otras regulaciones rituales que han excluido expresamente a esta clase de casos de los procedimientos aplicados a delitos cometidos *in fraganti*, resulta ser una decisión de política legislativa que como tal, siempre y cuando supere el correspondiente *test* de constitucionalidad y de convencionalidad, no puede ser objeto de tacha por parte de los jueces, sobre la base de la opinión personal que ellos pueden tener de ésa, a partir de factores ajenos a la conformidad que ella debe tener con las normas jurídicas de jerarquía superior.

En efecto, no escapa al suscripto lo señalado por nuestra CSJN en el recordado precedente “García Méndez”, en cuanto allí **nuestro máximo tribunal ha requerido “...al Poder Legislativo que, en un plazo razonable, adecue la legislación a los estándares mínimos que en lo pertinente surgen de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos incorporados a la Constitución Nacional (art. 75, inc. 22, segundo párrafo)”** (considerando séptimo del voto



que conforma la mayoría; en igual sentido, véase también su considerando número trece; la negrita es mía).

Sin embargo, tal y como ya lo he sostenido en otros precedentes (consúltese a este fin –entre otros– la causa n° 38294/2012/TO1/CNC1, caratulada “Juárez Brian Ezequiel s/ robo con armas”, reg. n° 691/2016, resuelta por la Sala Iª de esta Cámara Nacional de Casación con fecha 1° de septiembre de 2016) **la inclusión por parte del legislador nacional de los menores en esta modalidad ritual se trata, en definitiva, de una decisión propia del Congreso de la Nación que, como tal, no puede ser analizada bajo una perspectiva de conveniencia, oportunidad, acierto o eficacia del criterio** adoptado por nuestros diputados y senadores, siempre y cuando se mantengan dentro del ámbito propio de sus funciones (cfr. CSJN *Fallos* 257:127; 293:163; 300:642; 301:341; 314:424).

Y por lo demás, en el citado precedente de nuestra CSJN se ha sostenido precisamente, en el considerando sexto del voto de la mayoría, “que, con todo, la fuerte tensión señalada no puede justificar que por vía pretoriana se arbitre o se tienda a arbitrar, sin más, una suerte de régimen general sustitutivo del previsto por la ley 22.278, y nada menos que con los alcances que le confiere el fallo apelado. Este último, en términos generales, no es censurable por el diagnóstico que formula acerca de los males que padece el sistema vigente; sí lo es respecto del medio escogido para superarlos. Varias razones concurren a ello. **Tal como lo reiteró esta Corte no es propio del cometido fijado al Poder Judicial en el art. 116 de la Constitución Nacional dictar una sentencia con carácter de norma general derogatoria de las disposiciones en cuestión implementando un mecanismo de reemplazo en su lugar**, cuando resulta evidente que – en esta materia– tal solución requiere de la suficiente e indispensable concreción de medidas de política pública previas (conf. arg. *Fallos*: 329:3089; 330:4866). **Ello implicaría sustituirse a competencias**





propias de los otros poderes del Estado (*Fallos*: 330:4866, 4873/4874); máxime, cuando el convencional constituyente, en la última reforma de 1994, le ha adicionado al Congreso la atribución específica de promover medidas de acción positiva que garanticen el pleno goce de los derechos reconocidos por la Constitución Nacional y por los tratados de derechos humanos, en particular, respecto de los niños (art. 75, inc. 23, de la Constitución Nacional). [...] El análisis de tales aspectos remite al diseño de las políticas públicas en general, y la criminal en particular, que ameritan un debate profundo y juicios de conveniencia, que exceden la competencia de esta Corte” (el destacado me pertenece).

En consecuencia, debe rechazarse también este planteo.

h) Por último, el recurrente requiere nuevamente la **no aplicación del cuestionado régimen procesal**, sobre la base de que en los procesos seguidos contra menores de edad deben efectuarse obligatoriamente estudios interdisciplinarios pormenorizados de los niños y de sus familias o grupos de pertenencia, los cuales requieren mayores plazos procesales.

Señala que dicha **complejidad** se origina en las evaluaciones y exámenes obligatorias e indispensables para este tipo de supuestos, por lo que deben considerarse a estas investigaciones como complejas, ya que éstas no pueden escindirse del ineludible tratamiento tuitivo o tutelar que debe realizarse en relación con el menor imputado.

Sobre este punto, además de remarcar que el impugnante se ha limitado aquí a reeditar simplemente los argumentos ya incoados anteriormente, sin rebatir entonces las razones brindadas por la cámara de apelaciones en la resolución cuestionada por medio del recurso de casación que ha abierto esta instancia, la verdad es que – como ya expliqué en el punto D) de este mismo acápite– **los breves tiempos procesales impuestos por el nuevo régimen de flagrancia**

en nada afectan la realización del mencionado tratamiento tuitivo o tutelar del menor; y éstos, a su vez, consecuentemente con ello, tampoco alteran el trámite de la investigación, al punto de complejizarla tal y como pretende el recurrente en su presentación.

Es que resulta más que claro que si el fundamento último de esta modalidad ritual se ancla en la existencia de un delito cometido *in fraganti*, y el legislador ha determinado la salida hacia el régimen ordinario cuando media complejidad en el caso, consecuentemente con ello **dicha complejidad debe, de modo indirecto, afectar la noción misma de flagrancia**; siendo que esta última presupone –por sí– una evidencia y sencillez en la comprensión de lo acontecido, y que el concepto de complejidad –entonces– implica un elenco de pruebas que se muestran alejadas de la simplicidad propia de este mecanismo procesal (cfr. YACOBUCCI, *op. cit.*, p. 70).

Así las cosas, resulta más que claro que nada en lo concerniente al referido tratamiento tuitivo o tutelar del menor puede revestir semejante calidad, como para terminar afirmando que se trata de casos con investigaciones complejas; las que –como tales– requieren entonces la aplicación del procedimiento ordinario contemplado en el CPPN.

Por estos motivos, debe rechazarse también este agravio y, con ello asimismo, el recurso de casación interpuesto por la defensa en su integridad.

III. Recurso de casación incoado por el Ministerio Público Fiscal

a) El primer agravio articulado por la fiscalía estuvo centrado en denunciar una lesión a los derechos de los menores consagrados por la CN y la CDN.

En ese sentido, se señaló que se afectaba aquí la disposición por la cual la aplicación de medidas coercitivas a menores de edad debe



ser sólo materializada como última ratio. De igual forma, se adujo que se lesionó el debido proceso de los menores imputados por la comisión de un delito, en cuanto se pretende aplicarles el mismo régimen procesal que existe para los mayores.

Sobre el primero de ambos aspectos, se indicó que la CDN ordena respetar siempre el “interés superior del niño” (cfr. su art. 3.1) y que la detención, el encarcelamiento o la prisión de un niño debe ser concretada como medida de último recurso (*vid.* su art. 37, inciso b).

Asimismo, a este respecto se recordó que el nuevo art. 353 *ter* del CPPN prevé como única alternativa la detención del imputado y su traslado hasta el juez de la causa, sin distinguir entre individuos mayores o menores de edad; siendo que la audiencia con ése deberá celebrarse dentro de las veinticuatro (24) horas, prorrogables por igual término.

Que por lo demás, el nuevo procedimiento posee exiguos plazos, por ejemplo para requerir una *probation* o un juicio abreviado, los cuales no se condicen con el procedimiento más pausado, propio de las causas seguidas contra menores de edad; toda vez que éstos presentan mayores tiempos y están orientados a su tutela.

De esta forma, según el impugnante, resultaría palmaria la falta de correspondencia entre el año de tratamiento tutelar posterior a la declaración de responsabilidad (cfr. el art. 4° de la ley 22.278) y los términos acotados que posee la nueva ley de flagrancia.

Por otra parte, denuncia también una violación al principio de progresividad en los derechos, toda vez que el régimen de flagrancia derogado permitía al imputado optar por el procedimiento común en el último párrafo del anterior art. 353 *bis* del CPPN. Asimismo, señala como desventajosa la conformación de tribunales unipersonales para decidir los recursos de apelación y para celebrar la correspondiente audiencia de juicio.

Finalmente, destaca que el art. 353 *ter* del CPPN establece que a esa audiencia deberán asistir el Ministerio Público Fiscal, el imputado y su defensor; aunque nada dice sobre la presencia del asesor tutelar, quien debe velar por las garantías del menor.

Llegado el momento de tener que analizar el presente planteo, es fácil colegir que éste, si bien se encuentra estructurado en torno a un mismo y único agravio, ciertamente las cuestiones allí incoadas tienen puntos de contacto con aquéllas que articuló la defensa en su respectivo recurso de casación, las cuales fueron objeto de tratamiento en el acápite precedente y merecieron su rechazo.

En efecto, en lo que hace al tema vinculado con la aplicación de medidas coercitivas en supuestos de menores de edad imputados, al no existir diferencia alguna con lo ya tratado, corresponde que me remita a lo explicado en el punto E) del anterior acápite, en cuanto allí indiqué que con el nuevo régimen de flagrancia no existían cambios normativos significativos en lo que concierne a la privación de la libertad en procesos penales seguidos contra menores de edad, teniendo en cuenta para ello lo establecido en los arts. 284, inciso cuarto, 285, 286, 287, 294 a 305, 315, 353 *ter*, 410 y 411, todos ellos del CPPN.

De igual manera, lo planteado en torno a la afectación del debido proceso encuentra respuesta suficiente con las explicaciones volcadas en el punto C) de dicho acápite, toda vez que allí se analizó la mecánica ritual aplicable a procesos que involucran a menores de edad; exhibiéndose en esa oportunidad las características que diferencian a las causas penales seguidas contra menores de aquéllas en las cuales hay sólo personas mayores imputadas.

Luego, en lo que tiene que ver específicamente con la reducción de plazos para requerir la aplicación de los institutos de la *probation* y/o del juicio abreviado, así como también en lo referente a los juicios unipersonales y a la intervención de un único juez en el tratamiento de



las apelaciones, nuevamente debo remitirme a lo dicho en el anterior punto F), en cuanto allí resolví el rechazo de estos planteos por tratarse de cuestiones meramente conjeturales e hipotéticas.

En dicha oportunidad, también me expedí en lo que concierne a la supuesta afectación del principio de progresividad, toda vez que sostuve que ése no implica de por sí un derecho de los menores imputados a ser juzgados bajo el régimen procesal anterior; siendo una facultad del legislador nacional el determinar cómo se deberá llevar adelante el rito penal en causas sujetas al régimen del CPPN, y debiéndose demostrar a este fin la existencia de una concreta afectación a un determinado derecho o garantía del encausado menor de edad.

Por otro lado, lo mismo puede predicarse en relación con la cuestión vinculada al tratamiento tutelar regulado por el art. 4° de la ley 22.278; el cual fue objeto de análisis en el punto D) del anterior acápite, en donde se explicó que la nueva modalidad instituida por la ley 27.272 para casos de flagrancia en nada afecta ni modifica la realización del mentado tratamiento, y tampoco altera las consecuencias que ése puede acarrear al menor declarado penalmente responsable en lo que hace estrictamente a su eventual sanción penal.

Finalmente, entiendo que sí corresponde brindar algunas explicaciones adicionales a lo señalado por la fiscalía de cámara, relativas a la participación que debe tener el asesor tutelar en procesos seguidos contra menores de edad; toda vez que ello no fue motivo de expreso planteo por parte de la defensa en su respectivo recurso de casación.

Al respecto, debo indicar que –tal y como ya expliqué en el punto C) del acápite anterior– el sistema normativo consagrado por el CPPN, el cual incluye al nuevo procedimiento por flagrancia, en nada impide la intervención del asesor de menores en aquellas situaciones en las cuales sea requerida su actuación: por caso, al momento de

tener que resolver la detención del menor (cfr. el último párrafo del art. 411 del CPPN); toda vez que, por mandato del art. 410 de dicho cuerpo adjetivo, en esta clase de procesos contra menores de edad se aplican las disposiciones comunes contenidas en éste, con excepción de aquellas que establecen sus arts. 411 a 414.

Lo mismo puede sostenerse en relación a cualquier otra norma existente en la materia que imponga su participación en determinados actos del proceso penal, pues como ya se dijo la ley 27.272 no ha implicado derogación alguna de normas concernientes a procedimientos penales que son seguidos contra menores de edad imputados.

Es por todo ello que entiendo debe rechazarse este agravio

b) A su vez, la segunda cuestión introducida por el Ministerio Público Fiscal en su respectivo recurso de casación está centrada en denunciar arbitrariedad en la decisión impugnada, por entender que ésa no ha sido debidamente motivada.

En efecto, señala que las resoluciones deben ser derivación razonada del derecho vigente, en lo que hace a los extremos comprobados en autos, y no el resultado de un mero arbitrio de los jueces; no pudiendo apoyarse en una fundamentación aparente, en inexactitudes y/o en afirmaciones voluntaristas.

En tal sentido, destaca que no es cierto –tal y como sostuvo la cámara de apelaciones– que se haya tratado de un planteo genérico y no concerniente al procedimiento en concreto, pues los cuestionamientos estaban vinculados al caso bajo juzgamiento; más allá de que la fundamentación de las partes pueda parecer genérica y referida al conflicto entre normas de distinta jerarquía.

Asimismo, indica también que el razonamiento esbozado en la instancia anterior luce arbitrario y forzado, por pretender adecuar la ley 27.272 a las disposiciones de la 22.278 y al art. 10° de las “Reglas de Beijing”.



Luego, aduce que el *a quo* ha confundido a la “detención” con la “disposición”; esta última, como medida de carácter tutelar, derivada de lo normado en el segundo y tercer párrafos del art. 1° de la ley 22.278, en tanto que la primera surgida precisamente por directa aplicación del nuevo régimen para la flagrancia.

Finalmente, advierte que no se ha planteado meramente una “simple crítica” o “desagrado” respecto a la ley 27.272, sino que se tratan de una serie de agravios constitucionales fundados, tal y como fueron expuestos luego en el respectivo recurso de casación; recalcando al respecto la posibilidad que antes había de optar por el procedimiento ordinario, sin que ello fuese reglado como ahora, y que en definitiva los jueces de la cámara de apelaciones adoptaron *ex ante* la postura de afirmar la legitimidad constitucional de la legislación cuestionada, razón por la cual afirmaron que ésta no derogó a la ley 22.278, aunque terminaron colocando a ésta por encima de esta última.

Ahora bien, teniendo en cuenta los argumentos hasta aquí expuestos, advierto que el presente planteo también guarda similitudes centrales con el pedido de nulidad que formuló la defensa en su correspondiente impugnación. Por tal razón, corresponde que me remita a lo ya dicho en el punto B) del acápite anterior; toda vez que allí se explicó por qué la decisión tomada por la instancia de grado inferior no fue arbitraria.

Sin perjuicio de ello, sí corresponde que efectúe aquí una serie de aclaraciones adicionales, dado algunos razonamientos específicamente invocados por esa parte recurrente.

En efecto, es útil recordar que, tal y como ya se ha desarrollado precedentemente, no existe incompatibilidad alguna entre el nuevo régimen de flagrancia y la ley 22.278, en lo que hace a la aplicación del tratamiento tutelar para los menores. Lo mismo cabe decir en materia de medidas coercitivas personales a serles impuestas en los casos de flagrancia que los involucren. Todo ello, a la luz del conjunto

normativo vigente que rige en supuestos como el configurado en autos.

De igual manera, luego de efectuar el respectivo análisis, tampoco he advertido la imposibilidad de armonizar una ley con la otra, ni tampoco he visto la necesidad de hacer primar una legislación por sobre la restante; tratándose sí, y en cambio, de la realización de una labor interpretativa entre diferentes reglas normativas –la mayoría de ellas contenidas en el mismo cuerpo legal, esto es el CPPN– que, como tales, no implican un menoscabo a derechos y garantías de menores imputados.

Ahora bien, en lo que respecta a la posibilidad preexistente de optar por el régimen de procedimiento ordinario, más allá de los argumentos brindados por el *a quo*, por los cuales dicho planteo ha recibido una concreta respuesta, lo cierto es que fue objeto de tratamiento *ut supra* por mí parte; a partir de lo cual descarté la posibilidad de que con ello se afecte el principio de progresividad.

Por lo demás, no puede aquí dejar de señalarse tampoco que si bien no todo el cuestionamiento efectuado por ambas partes a la ley 27.272 puede considerarse como genérico, lo cierto es que –como ya expliqué también– varios de sus planteos sí poseían tal entidad, al resultar claramente hipotéticos y conjeturales; circunstancia que, como tal, ha teñido en gran parte a sendas solicitudes, incoadas tanto por la defensa como por la fiscalía, precisamente con dicho cariz.

Que en atención entonces a lo aquí indicado, este agravio también deberá ser descartado y, consecuentemente con ello, el recurso de casación interpuesto por el Ministerio Público Fiscal en su integridad.

IV. Que en virtud entonces de las consideraciones antes expuestas, es que corresponde rechazar sendos recursos de casación y, por ende, confirmar en un todo la resolución aquí impugnada; sin costas, atento lo novedoso que fueron los planteos esgrimidos en las



presentes actuaciones, lo que tornó como plausibles a las razones que se tuvieron para litigar.

El juez Morin dijo:

1. Debo intervenir en virtud de los recursos de casación interpuestos por la defensa de Jonathan Emanuel Fernández y Alex Damián Salvatierra y por el Ministerio Público Fiscal, contra la resolución de la Sala de FERIA "A" de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional que, con fecha 31 de enero del corriente, resolvió confirmar la decisión de primera instancia que no hizo lugar a los planteos de: a) inaplicabilidad del régimen de flagrancia instaurado por la ley 27.272, b) inconstitucionalidad de la citada disposición en los procesos seguidos contra menores y c) subsidiariamente, inaplicabilidad del nuevo procedimiento por complejidad en los términos del art. 353 *quáter* del CPPN.

2. Como primera medida, corresponde reseñar los agravios introducidos por los recurrentes a fin de dar una respuesta pormenorizada a las alegaciones de cada parte. En efecto, si bien los cuestionamientos resultan coincidentes en lo sustancial, se advierten particularidades que es dable precisar.

3. Así, el defensor Domínguez, luego de tachar genéricamente de arbitrario el decisorio impugnado por pretender que no se ajusta a lo normado por el art. 123 del CPPN, identifica los siguientes agravios:

- **Exceso en el Ejercicio de la Jurisdicción:** dada la pretensión coincidente de la defensa y el Ministerio Público Fiscal en cuanto solicitan que se declare la inconstitucionalidad del régimen de la ley 27.272 en los procesos seguidos contra menores, entiende el defensor que la intervención de la Cámara de Apelaciones constituyó un exceso de jurisdicción que vulnera el principio acusatorio que diseña la Constitución Nacional. Afirma que la pretensión fiscal es el límite con

el que cuenta el órgano jurisdiccional para pronunciarse y que, ante la ausencia de contradicción, el tribunal debería abstenerse de intervenir.

- **Afectación al principio de Especialidad:** plantea luego la defensa que la ley 27.272 contraría la especificidad que requiere el régimen penal juvenil y la obligación legal, constitucional e internacional -recogida por la jurisprudencia de la CSJN- de utilizar procedimientos específicos para adoptar resoluciones que puedan afectar el interés de los menores que entraron en conflicto con la ley penal (cfr. arts. 72, inc. 22 y 23 CN y art. 40 de la Convención sobre los Derechos del Niño -CDN-).

- **Afectación al debido proceso legal:** argumenta al respecto que los reducidos plazos de tramitación establecidos por la ley 27.272 resultan inconciliables con el régimen de la ley 22.278, en particular con el plazo de un año -mínimo- de tratamiento tutelar que exige el art. 4 de la citada norma como condición para la imposición de una pena.

- **Vulneración de la división de poderes:** aduce el defensor que el art. 353 *ter* reformado del CPPN avanza sobre la independencia y soberanía del órgano jurisdiccional al momento de adoptar decisiones que involucren a menores de edad.

- **Afectación al derecho a la libertad ambulatoria y al principio de mínima intervención penal:** entiende sobre este punto la defensa que el art. 353 *ter* conforme a la ley 27.272, en cuanto establece que “*el detenido será trasladado ante el juez*”, sin mínimamente atender a los parámetros objetivos que eventualmente fundan los riesgos procesales, afecta el derecho de los imputados a gozar de la libertad ambulatoria mientras se sustancia el proceso (arts. 14 y 18 CN y 1 y 280 del CPPN). La disposición, argumenta, no contempla tampoco la privación de la libertad del menor como último recurso, contrariando así el art. 411 del CPPN, la CDN en sus arts. 19, 36, 37, 40 -inc. 4-, 41 y los arts. 10 y 17 de las Reglas Mínimas de las





Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores
-"Reglas de Beijing"-.

- **Vulneración de los principios de progresividad y no regresividad de los derechos humanos:** se alega que el nuevo régimen de flagrancia menoscaba los citados principios que, examinados en armonía con los principios *pro homine*, de universalidad, indivisibilidad y operatividad, entre otros, exigen la constante evolución y expansión en el reconocimiento y protección de derechos a favor del hombre. Agrega el defensor que, como contracara, el principio de no regresividad actúa ante todo eventual freno o pauperización de derechos humanos previamente adquiridos, y que los instrumentos internacionales de derechos humanos representan el piso mínimo de obligaciones asumidas por el Estado y toda disposición que se adopte en el plano doméstico debería observar dichos principios y, en lo posible, optimizarlos. Funda tal aseveración en los arts. 19 y 29 -contrario sensu- de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) y 40 y 41 de la CDN y alega, finalmente, que la ley 27.272 no sólo resulta en una regresión que posiciona al menor en una situación igual a la de los adultos, sino que los coloca en una posición peor respecto de los derechos y garantías de los que gozaban con anterioridad a su dictado. Así, enuncia los que a su entender serían los retrocesos concretos del nuevo régimen, a saber:

i) La nueva ley priva al imputado de la posibilidad de optar por el procedimiento común, como lo permitía el anterior régimen de flagrancia de la ley 24.826.

ii) el juzgamiento por un único magistrado -en todos los casos sometidos a este procedimiento cuya pena máxima prevista no exceda los quince años-, configura una merma en los derechos del imputado menor que antes tenía la garantía de ser juzgado por un Tribunal colegiado, circunstancia que le aseguraba una decisión judicial con

gran amplitud de debate. Esta crítica alcanza a toda eventual impugnación respecto del procedimiento de flagrancia, que asimismo debería ser resuelta por un solo juez de acuerdo al régimen de la ley 27.272.

iii) El plazo de caducidad previsto en el art. 353 *sexies* para que el imputado pueda solicitar la suspensión del juicio a prueba o la realización de un juicio abreviado, por un lado, no permite contar con el tiempo suficiente para recabar los datos personales necesarios para decidir sobre la posibilidad de recurrir a estas medidas alternativas y con ello violenta la defensa en juicio. Por otra parte, impone al menor tomar la decisión en el exiguo plazo que va desde la audiencia inicial hasta la de clausura, durante el cual difícilmente haya llegado a asimilar lo ocurrido dado el aún escaso desarrollo de sus facultades mentales, lo que lo posiciona en una situación de vulnerabilidad que soslaya el resguardo especial que los menores merecen.

- **Vulneración de la finalidad tuitiva del régimen penal juvenil:** argumenta el defensor al respecto que la finalidad retributiva de la nueva ley de flagrancia se contrapone con la finalidad tuitiva y resocializadora del régimen penal juvenil, lo que se evidenciaría, por ejemplo, al impedir la eventual absolución o reducción de pena al menor, conforme se encuentra previsto en el art. 4 de la ley 22.278, siendo ello sin dudas de mayor beneficio para aquél. Sustenta esta postura asimismo en el art. 14.4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCyP) en cuanto prevé que *“en el procedimiento aplicable a los menores de edad a efectos penales se tendrá en cuenta (...) la importancia de estimular su readaptación social”* y agrega que a criterio de la defensa *“lo que se encuentra en colisión en este caso es el supuesto interés de la sociedad en obtener por parte de los jueces pronunciamientos judiciales en breve lapso o el derecho del imputado a ser juzgado en plazo razonable y, por el otro, el debido resguardo a las inalienables garantías*





constitucionales y convencionales que amparan a todo menor”, por lo cual, agrega, en el “interés superior del menor” se impone la declaración de inconstitucionalidad, toda vez que hacer prevalecer por sobre ese interés la política criminal comprometería la responsabilidad internacional del Estado.

- De manera más específica en cuanto a la **arbitrariedad**, la defensa considera que la decisión de la Cámara arriba a conclusiones basadas en afirmaciones meramente dogmáticas que la descalifican como acto jurisdiccional válido y acarrear su nulidad en los términos del art. 123 CPPN. Aduce que la Sala “A” omitió dar respuesta a “*a las profundas y pormenorizadas críticas que efectúa la Defensa Oficial al contenido de la nueva legislación*”, que en concreto se tradujeron: en la imposibilidad del imputado de optar por el procedimiento ordinario, en la afectación del derecho a gozar de su libertad ambulatoria, en haberse soslayado el “interés superior del niño”, el principio de especialidad, los principios de “progresividad”, “no regresividad” y “pro homine”, el debido proceso legal, el derecho de defensa en juicio y demás derechos y garantías constitucionales y convencionales. Asimismo, encuentra arbitrario el decisorio en cuanto al resolver soslaya la coincidencia de criterios entre defensa y fiscal.

- Subsidiariamente, solicita se aplique a sus pupilos el procedimiento ordinario toda vez que deben efectuarse estudios interdisciplinarios pormenorizados a los menores y a sus familias o grupos de pertenencia que requieren de un tiempo mayor al plazo previsto para ello en el nuevo procedimiento, lo cual, sumado al breve lapso de caducidad para hacer uso de los mecanismos alternativos al juicio, torna al proceso en uno de suma complejidad en los términos del art. 353 *quáter*. Frente a los argumentos que indican que la complejidad a la que alude la norma se refiere a las medidas de prueba del proceso penal, replica que esa complejidad surge de evaluaciones que son obligatorias en todo proceso seguido a menores y que no es

posible escindir el ineludible tratamiento tutelar de la investigación propiamente dicha.

4. Por su parte, el fiscal Sáenz solicitó que se declare la inconstitucionalidad de la ley 27.272 en cuanto se pretenda aplicar a menores. En su planteo, se identifican agravios comunes a la defensa -así: afectación al debido proceso, afectación al principio de mínima intervención penal y al derecho a la libertad ambulatoria, violación al principio de progresividad de los derechos, vulneración al principio de especialidad que rige respecto de los menores, a la consideración de su “interés superior” y a la finalidad tuitiva del proceso-, a los que agregó las siguientes consideraciones:

- **La representación estatal del menor:** el art. 353 ter establece que a la audiencia deberán asistir el Ministerio Público Fiscal, el imputado y su defensor; en cambio, nada dice de la presencia del asesor tutelar que vele por sus garantías como menor, lo cual vulnera la normativa específica en la materia.

- **Arbitrariedad:** sugiere asimismo que el fallo impugnado habría infringido el art. 123 del CPPN adoleciendo de una fundamentación solo aparente, basada en un conjunto argumental arbitrario, inexactitudes y afirmaciones voluntaristas y no así en una derivación razonada del derecho vigente respecto de los extremos acreditados en el expediente, circunstancia que acarrearía su nulidad. Aduce que, contrariamente a lo predicado por el *a quo*, el planteo de la defensa no puede considerarse general sino entenderse como referido al caso concreto “*por más que la fundamentación de las partes parezca genérica y referida al conflicto entre normas de distinta jerarquía*”. Subraya luego lo que considera un intento forzado por compatibilizar el nuevo régimen de flagrancia con lo dispuesto por la ley 22.278 y las “Reglas de Beijing” y que al afirmar el tribunal que ningún gravamen se advierte en el caso -toda vez que se ordenó la aplicación de la ley 27.272 disponiendo la remisión de los menores al



“Instituto Inchausti” conforme a lo normado en el art. 1 de la ley 22.278-, el tribunal estaría confundiendo los conceptos de “disposición” -propio del régimen de menores y que posee carácter tutelar- con el de “detención” del art. 353 *ter*, que contrariamente posee carácter cautelar y resulta inconstitucional en su aplicación a menores. Seguidamente pone de resalto que su planteo no se traduce en un mero “desagrado” o crítica respecto de la ley 27.272, sino en agravios constitucionales fundados, y agrega que la propia Cámara de Apelaciones reconoce la situación más desfavorable en que el nuevo régimen coloca a los menores cuando sostiene que la posibilidad de optar por el procedimiento ordinario ahora resulta “reglada” y que en los hechos los jueces no dan primacía a la ley 22.278 como afirman sino a la ley 27.272.

5. Frente a los agravios reseñados, cabe recordar como primera medida los fundamentos esbozados por el *a quo* para rechazar la pretensión concurrente de defensa y fiscal.

Así, la cámara puso de resalto que las críticas introducidas por ambas partes no aludieron al caso concreto sino que se formularon de manera genérica con relación a la aplicación de la ley en los procesos seguidos a menores de edad.

Recordó que, conforme reiterada jurisprudencia de la CSJN, la declaración de inconstitucionalidad es un acto de suma gravedad institucional que debe ser considerada como la última ratio del orden jurídico, por lo que no cabe efectuarla sino cuando la repugnancia de un precepto con la constitución sea manifiesta, sólidamente fundada y se demuestre el agravio en el caso concreto, lo que a criterio del tribunal no acontecía en autos.

Valoraron asimismo los jueces que al disponerse la aplicación del nuevo procedimiento de flagrancia, el Juzgado de Menores ordenó la remisión de los imputados al “Instituto Inchausti” y la aplicación de

lo normado en el 2º y 3º párrafo del art. 1 de la ley 22.278, proceder que se a su juicio se adecúa a la regla 10 de las “Reglas de Beijing”.

Con respecto a la violación al “principio de progresividad”, consideraron que los recurrentes no habían logrado introducir una crítica suficiente que permitiera encontrar la situación como enfrentada con la Carta Magna, toda vez que *“la decisión legislativa está por encima de una simple crítica a situaciones más o menos favorables respecto de una ley anterior en tanto la actual no vulnere garantías constitucionales; máxime cuando la ley contempla la posibilidad, aunque reglada, de oponerse a ese trámite especial”*.

En el mismo orden de ideas, apuntó el *a quo* que no se aprecia el perjuicio que el nuevo régimen podría irrogar a los imputados, a quienes se les otorgan todas las garantías que contempla el régimen común, a las que se suman la obligación de que todas las audiencias sean en forma oral, pública, respetando la inmediación, contradicción y bilateralidad, lo que pareciera un mejor resguardo de sus derechos.

Finalmente, advirtió el tribunal que *“la sanción de la nueva ley no ha derogado la 22.278, la que como ley especial deberá primar en su aplicación cuando ésta confronte sin solución alternativa con la criticada”*.

6. Sentado lo expuesto, y por una cuestión de prelación lógica -toda vez que ello eventualmente condicionaría la competencia de esta Sala para expedirse-, corresponde atender el agravio introducido por la defensa vinculado al exceso de jurisdicción en el que habría incurrido la Cámara de Apelaciones al resolver, prescindiendo de la ausencia de contradicción entre las partes.

Al respecto, es dable recordar que en primera instancia el fiscal Togni consideró que el nuevo régimen de flagrancia no se encontraba reñido con la Constitución y lo estimó aplicable a menores de edad. Una vez habilitada la jurisdicción de la Cámara mediante el recurso de la defensa, el fiscal Sáenz modificó la posición primigenia del MPF,



Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2
CCC 2435/2017/2/CNC1

expresando su acuerdo con el defensor, y -en tal entendimiento-, solicitó se declare la inconstitucionalidad de la ley 27.272 con relación a los menores y la aplicación al caso del régimen común. Adujo, asimismo, que ello debía entenderse como un desistimiento de la pretensión efectuada en la instancia anterior.

Lo cierto es que, es preciso señalarlo, no había recurso alguno respecto del cual el fiscal pudiera desistir en los términos del artículo 443 del CPPN. En tal sentido, Sáenz se limitó a modificar la posición de su colega que, por cierto, resulta ser mayoritaria dentro del Ministerio Público Fiscal (cfr. causa n° 5658/2017 “*Calderón, Paola Guadalupe y otro s/recurso de Casación*”). Este posicionamiento, por un lado, confronta con la unidad de actuación que la ley 24.946 exige al órgano. Por otra parte, ante la falta de actuación jurisdiccional, condicionaría la resolución última de los casos a la voluntad particular de los distintos fiscales, originando así resoluciones disímiles en idénticas situaciones fácticas.

Por otra parte, es clara la Constitución Nacional en cuanto establece que corresponde al Poder Judicial el conocimiento y decisión de todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución (cfr. art. 116 CN). La ausencia de contradicción no obsta a la competencia de los jueces que, como últimos intérpretes de la ley, debemos evaluar la constitucionalidad de las pretensiones sometidas a nuestra homologación -aún aquéllas coincidentes-, que no resultan vinculantes. No es a los fiscales sino a los jueces a quienes compete, en su caso, una eventual declaración de inconstitucionalidad, contando el MPF con un recurso en el caso de que la decisión jurisdiccional resulte adversa a sus pretensiones (cfr. arts. 116 y 117 CN y art. 14 de la ley 48).

En reiteradas oportunidades he sostenido, remitiéndome a lo dicho en la causa “Sotelo”¹ (2007) del registro del Tribunal Oral en lo Criminal n° 7, que el dictamen fiscal únicamente reviste carácter

¹ Cfr., Revista de Derecho Penal y Procesal Penal; Lexis Nexis; 2/2008; pp. 182/185.



vinculante en cuanto se trate del desistimiento de la acción penal (en este sentido, “Soto Parera”², “Albornoz”³, “Placeres”⁴, “Braslavsky”⁵, “Benítez Yurtz”⁶, y más recientemente en “Gómez”⁷ y “Ramos”⁸).

En efecto, al pronunciarme en “Sotelo”, haciendo hincapié en la base constitucional de la relación existente entre la forma republicana de gobierno, la consecuente separación de funciones entre acusación y defensa, la imparcialidad del juzgador y el derecho de defensa del imputado, concluí que correspondía declarar la inconstitucionalidad del segundo párrafo, primera alternativa del art. 348, CPPN, pues el esquema constitucional se veía afectado cuando las competencias para acusar y juzgar aparecían trastocadas por la existencia de una norma que autoriza a los jueces a modificar el rol que la Constitución les asigna, para asumir una actividad que tiende al impulso de la acción, propia de los fiscales.

Ello así, pues ya en el momento en el que el juez de instrucción opina acerca de si existe mérito para elevar la causa a juicio (cfr. art. 348 CPPN) y avanza sobre el fondo del asunto argumentado por el mantenimiento de la acción penal, está -en desmedro de la regla establecida en el art. 1º CN-, extralimitando la competencia asignada al Poder Judicial por el art. 116 CN, usurpando funciones que le pertenecen exclusivamente al Ministerio Público Fiscal de acuerdo a lo previsto en el art. 120 CN y, por añadidura, generando sospechas de parcialidad con la consecuente afectación a la garantía orgánica receptada en el art. 8.1. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el derecho de defensa consagrado en el art. 18 CN.

Esta conclusión, relativa a la división tajante que debe existir entre las funciones de acusar y juzgar **cuando del impulso de la**

² Causa n° 10.960/2010, rta. el 13/7/2015, reg. n° 240/15.

³ Causa n° 34.368/2009, rta. el 16/7/2015, reg. n° 247/15.

⁴ Causa n° 1.584/2010, rta. el 23/12/2015, reg. n° 818/15.

⁵ Causa n° 50.943/2010, rta. el 25/2/2016, reg. n° 122/16.

⁶ Causa n° 15.932/2015, rta. el 13/12/2016, reg. n° 1001/16.

⁷ Causa n° 76.628/2016, rta. el 20/1/2017, reg. n° 27/17.

⁸ Causa n° 71814/2015, rta. 22/02/2017, reg. n° 93/2017.





acción se trata, no corresponde que sea trasladada, sin más, a todo supuesto en el que deban intervenir jueces y fiscales.

En efecto, si fuera correcta la tesis según la cual, siempre que hay acuerdo entre la defensa y el fiscal, no existiría un caso que el juez debiera resolver, debería sostenerse, por ejemplo, que un juez no podría denegar una excarcelación o caucionarla de un modo más grave que el postulado por el fiscal.

Ciertamente, no habría obstáculo para que la ley regulara todos los institutos (excarcelación, suspensión de juicio a prueba, libertad condicional, etc.) otorgando competencia al fiscal para que resuelva respecto de su procedencia y que sólo se de intervención al Poder Judicial cuando existe discrepancia entre lo requerido por la defensa y lo resuelto por el fiscal.

Pero lo que ocurre es que, tal como está regulada la cuestión, los competentes para resolver en el caso la validez e interpretación de las normas y el régimen que en consecuencia corresponde aplicar a los menores son los jueces.

Sugiere la defensa que el alegado exceso de jurisdicción vulneraría el principio acusatorio que diseña la Constitución Nacional.

Sin embargo, lo expuesto no implica -huelga aclarar- que la posición del fiscal y aún más la pretensión coincidente con la defensa no deban ser tenidas en consideración, en mayor medida cuando el art. 2 de la ley 27.272 establece expresamente que las decisiones jurisdiccionales a las que se refiere la norma se adoptarán en forma oral, bajo un esquema de publicidad y contradicción, respetándose los principios de inmediación, bilateralidad, continuidad y concentración. Me remito entonces a lo expresado al fallar en la citada causa “Gómez” en la cual, frente a la pretensión fiscal de interpretar como vinculante su postura en materia de excarcelación, sostuve que *“el principio de contradicción (o de bilateralidad) sólo determina que aquél que pudiese ser afectado por determinado acto procesal tenga*

la oportunidad de ser oído, producir y controlar la prueba, y discutir mediante su valoración el sentido que debe tener un fallo. Mal se podría concluir de allí que un juez pierde su jurisdicción para resolver respecto de una excarcelación por el sólo hecho de que el representante del MPF entienda que ésta es procedente (...) En suma, el procedimiento establecido por la ley de flagrancia no modifica el sistema general conforme al cual es el juez, sin condicionamientos negativos de la parte acusadora, el que puede y debe resolver en relación a la libertad de una persona durante el proceso”.

Así, conforme al diseño constitucional y legal, el deber jurisdiccional es el de resolver siempre atendiendo a los argumentos expresados por las partes, pudiendo estos ser opuestos o coincidentes, pero no vinculantes salvo -como expresé- en lo relativo al eventual desistimiento por parte del MPF de la acción penal.

En tales condiciones, el planteo de la defensa en este punto no puede prosperar.

7. A continuación, corresponde valorar la tacha de arbitrariedad a la resolución de Cámara, que ambos recurrentes formulan.

Al respecto, contrariamente a lo que proponen las partes -y sin perjuicio de la decisión de fondo que habré de adoptar-, entiendo que la Cámara efectuó un adecuado tratamiento de los agravios, que satisface el recaudo de fundamentación suficiente que deben cumplir los pronunciamientos judiciales, conforme lo dispone el art. 123 del CPPN.

En este sentido, considero que las alegaciones de defensa y fiscal en este punto no son más que una manera elíptica de expresar su disconformidad con la decisión razonada y fundada adoptada por el *a quo*, en cuanto determinó que la exposición genérica realizada por ambos de los perjuicios constitucionales que la ley 27.272 era susceptible de irrogar a los imputados menores no ameritaba el examen de constitucionalidad –que no procede en abstracto- y reputó





viable la armonización de las normas en juego. De tal modo, más allá de la discrepancia de los recurrentes con la resolución, mal podría considerarse aquella “arbitraria” en los términos del Código de forma.

Ambas partes pretenden que los jueces habrían omitido considerar los derechos y garantías constitucionales vulnerados, cuando en verdad las lesiones de aquéllos en el caso concreto no fueron acabadamente enunciadas ni fundadas, como el propio fiscal lo reconoce al señalar que la Cámara debió considerar que el planteo de la defensa se refería al caso en estudio “*por más que la fundamentación de las partes parezca genérica y referida al conflicto entre normas de distinta jerarquía*”, y según se desprende de los términos de la impugnación del defensor al señalar que la Sala “A” omitió dar respuesta a “*a las profundas y pormenorizadas críticas que efectúa la Defensa Oficial al contenido de la nueva legislación*”.

El fallo atacado contiene un detalle prolijo de los argumentos en los que se apoya para arribar a las conclusiones con las que disienten los recurrentes, sin que puedan advertirse contradicciones entre la resolución y las constancias de autos, inconsistencias ni afirmaciones discrecionales por parte de los magistrados. En virtud de ello, en punto a la pretendida arbitrariedad de la resolución los planteos deben ser también rechazados.

8. A esta altura, sin embargo, debo adelantar que no comparto el criterio del *a quo* en el sentido de que no se presenta en autos un caso que habilite el control de constitucionalidad de la ley 27.272. Me refiero en este punto a la vulneración que el art. 353 *ter* reformado entraña al derecho a la libertad ambulatoria de los menores en cuanto **contempla como primera y única opción la detención, a pesar de que tal temperamento -conforme a los mandatos provenientes de la Constitución Nacional, los tratados internacionales de igual jerarquía y los instrumentos de *soft law* de carácter vinculante para el Estado- debe ser la *ultima ratio*.** Ello quiere decir que la

privación de la libertad de los menores únicamente debería reputarse procedente previa evaluación y ante la inexistencia o imposibilidad de aplicar alternativas menos lesivas de los derechos humanos de aquéllos. Como analizaré a continuación, **la nueva regulación no admite esfuerzo interpretativo alguno que permita armonizar ambos mandatos.**

También discrepo acerca de la posibilidad de conciliar íntegramente las disposiciones de la ley 27.272 con los principios constitucionales y aquellos que emergen del derecho internacional de los derechos humanos con relación a los menores que entran en conflicto con la ley penal, por lo cual, respecto de las restantes disposiciones de la nueva ley de flagrancia, habré de resolver su inaplicabilidad producto de la palmaria afectación: a) al principio de especialidad que debe regir el derecho penal juvenil, b) al deber legislativo -que también compete a los restantes poderes- de velar por el “interés superior” de los menores en la adopción de cualquier medida o decisión que los involucre y, c) al principio de proporcionalidad, que impone que la respuesta que se dé al delito en los casos en los que se encuentren involucradas personas que no han alcanzado la mayoría de edad sea siempre ajustada a las circunstancias y gravedad del hecho y a las necesidades del menor.

9. Cabe recordar que a Jonathan Fernández y a Alex Damián Salvatierra -ambos de 16 años-, se les imputa la sustracción con fuerza de una motocicleta propiedad de Ariel Walter Balderrama, hecho ocurrido el 12 de enero del corriente, a las 16:10 horas, en la calle Boedo 25 de esta Ciudad. Conforme surge de las constancias de autos, una testigo que advirtió lo ocurrido dio aviso al personal policial, que procedió a detener a los imputados y tomó contacto con el Juzgado de Primera Instancia de Menores n° 3. Siendo las 16:40 horas el Secretario actuante tomó conocimiento de los hechos y dispuso la remisión de los menores al “Instituto Inchausti”, orden que



el personal policial materializó de inmediato, labrándose las actas de estilo que fueron trasladadas a la Comisaría n° 10 de la PFA.

Según se desprende de las constancias obrantes a fs. 53 del principal, con fecha 13 de enero el juzgado dio ingreso a las actuaciones y, habiendo declarado el fiscal el caso como de flagrancia conforme al régimen de la ley 27.272, ordenó efectuar la audiencia prevista en el art. 353 *bis* en esa misma fecha. Finalmente, en función de lo dispuesto por el art. 1° de la ley 22.278 la jueza mandó disponer provisionalmente de los menores.

Concluida la audiencia oral inicial, el expediente de disposición de Fernández fue remitido al Juzgado de Menores n° 2 –por registrar uno anterior en trámite-, en tanto que respecto de Salvatierra se resolvió en el marco de su expediente tutelar mantener la internación en el Instituto San Martín “*el tiempo mínimo indispensable hasta delinear una estrategia de intervención acorde a su problemática*” (cfr. auto de fecha 16 de enero, obrante a fs. 65).

Así, se evidencia -en lo que aquí interesa- que desde el 12 hasta el 13 de enero ambos menores estuvieron detenidos en el “Instituto Inchausti”. En otras palabras, **en virtud de lo normado por el art. 353 *ter* de la ley 27.272, desde el día de su aprehensión y -al menos- hasta concluida la audiencia inicial, Fernández y Salvatierra permanecieron privados de su libertad.**

En este sentido, independientemente del nombre que se le dé (“disposición”, “internación”, “medida tutelar”), desde el momento en que los menores se encuentran encerrados, sea en un centro de admisión o en un instituto -público o privado- del cual no puedan salir por su propia voluntad, están objetivamente privados de su libertad.

Adviértase que la propia Convención de los Derechos del Niño no distingue entre los conceptos cuando en su artículo 37 indica que la privación de libertad se utilizará como último recurso y en el art. 40, inc. 4, refuerza esta noción cuando enumera las medidas que deben

evaluarse previo a disponer la privación de la libertad señalando que se trata de “posibilidades alternativas a la internación en instituciones”.

Por su parte, las Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad ("Reglas de La Habana", 1990), establecen de manera expresa en su apartado 11.b que *“Por privación de libertad se entiende toda forma de detención o encarcelamiento, así como el internamiento en un establecimiento público o privado del que no se permita salir al menor por su propia voluntad, por orden de cualquier autoridad judicial, administrativa u otra autoridad pública”*.

También la CSJN se ha pronunciado en este sentido, manifestando con relación a las “medidas de disposición” que *“materialmente, han significado, en muchos casos, la privación de la libertad en lugares de encierro en condiciones de similar rigurosidad y limitaciones que aquellos lugares donde se ejecutan las penas de los adultos”* (CSJN “Maldonado”, M. 1022 XXXIX, rta. 7/12/05).

Sin ir más lejos, debo poner de resalto que con motivo de su reciente visita a la Argentina, el pasado 18 de mayo el Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria de Naciones Unidas manifestó su preocupación con relación a la situación de la privación de la libertad en el país. Al referirse puntualmente a las amplias facultades de la policía para privar a personas de su libertad por la sospecha de haber cometido un delito o a los fines de verificar su identidad, advirtió que aquello podía extenderse durante toda una noche o fin de semana completo y expresó: *“ Pareciera que las autoridades consideran que dicha detención no configura una privación de la libertad sino una mera “demora de la persona”, figura que se encuentra incluida entre las facultades necesarias de la policía para “controlar a la población”. El Grupo de Trabajo desea recordar que el hecho de que una situación en particular sea considerada como*



privación de la libertad es por sobre todo una cuestión de hecho: si una persona no puede dejar un lugar por propia voluntad, dicha situación constituye una privación de la libertad” (el resaltado me pertenece).

Agregó asimismo que *“los adolescentes son alojados en los llamados “centros de admisión”, que a menudo constituyen un lugar de transición, para luego **continuar su detención** en el sistema de justicia penal una vez que cumplen los 18 años”* y exhortó *“a las autoridades argentinas a que garanticen que no se prive de la libertad a niños en centros inadecuados”*, de modo tal que ninguna duda cabe acerca de la inteligencia que debe darse a la facultad prevista en el art. 353 *ter* (cfr. ley 27.272).

Es dable señalar, a su vez, que con ello se vulnera asimismo el principio constitucional de inocencia, puesto que, sin previa verificación de las exigencias impuestas por el art. 411 del CPPN, en la práctica *so pretexto* de tutela y mediante la utilización de eufemismos, se esconde una auténtica privación de la libertad, que es además de plazo incierto y se encuentra desvinculada del delito imputado al menor.

Así lo entendió la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional al afirmar que las normas que habilitan la “disposición” e “internación” de los menores (arts. 1, 2, 3 y 3 bis de la ley 22.278 y art. 412 del CPPN) *“entran en colisión con el derecho al debido proceso y el principio de inocencia, que exigen que la imposición de una pena esté precedida por una sentencia de condena. Ello en tanto, según el artículo 18 de la Constitución Nacional, cualquier intervención coactiva que se aplique antes de tal resolución definitiva -particularmente cuando se trate de una medida restrictiva de la libertad- debe estar fundada estrictamente en cuestiones de carácter procesal debidamente probadas y debe cubrir una serie de exigencias (mérito sustantivo, excepcionalidad, proporcionalidad,*

provisionalidad, por el tiempo más breve que proceda), que no aparecen enunciadas en las normas antes citadas" (CNACC, Sala I, causa n° 22.909 "Famoso, E. y O. s/ procesamiento e internación", rta. 17/03/04).

10. Así las cosas, es preciso señalar que la privación de la libertad que impone el art. 353 *ter* de la ley 27.272, como primer recurso y sin alternativa, colisiona irremediabilmente con el marco jurídico de protección de los derechos humanos de los niños que entran en conflicto con la ley penal.

Este sistema de protección a nivel internacional está compuesto sustancialmente por: la Convención sobre los Derechos del Niño (1989) -con jerarquía constitucional cfr. art. 75, inc. 22 CN-, las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia de Menores ("Reglas de Beijing", 1985), las Reglas sobre Medidas no Privativas de la Libertad ("Reglas de Tokio", 1990), las Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil ("Reglas de Riad", 1990), las citadas Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad ("Reglas de La Habana", 1990) y el art. 19 de la CADH, a lo que se agregan las resoluciones, observaciones e informes emanados del Comité para los Derechos del Niño.

En este marco se inserta la normativa interna, integrada por la Constitución Nacional, el Código Penal, el Código Procesal Penal de la Nación, la ley 22.278 que establece el régimen penal de la minoridad y la ley 26.061 de protección integral de los derechos de niñas, niños y adolescentes.

Este conjunto que constituye un sistema de protección integral de los menores adopta de manera invariable el principio de mínima intervención estatal, e impone que la privación de la libertad de aquellos proceda, únicamente, como **último recurso**, por el tiempo más breve, cuando no existan opciones menos gravosas y cuando





fuera estrictamente necesario teniendo en cuenta la gravedad del hecho imputado que, recordemos, se trata aquí de la sustracción de una motocicleta.

En este sentido, resulta evidente que el art. 353 *ter* reformado no se ajusta a estos parámetros y vulnera el derecho a la libertad ambulatoria (cfr. arts. 14 y 18 CN), de un modo que la hermenéutica no permite conciliar, toda vez que no brinda otra opción que la detención y la ordena como primer recurso, aún sin imponer la verificación previa de los presupuestos exigidos por el art. 411 del CPPN que regulan específicamente el “Juicio de Menores” y determina que la detención de aquellos solo es procedente “*cuando hubiera motivos para presumir que no cumplirá la orden de citación, o intentará destruir los rastros del hecho, o se pondrá de acuerdo con sus cómplices, o inducirá a falsas declaraciones*”.

Los mandatos y principios mencionados surgen como he indicado del art. 37, b) de la CDN en cuanto establece que: “*Los Estados Partes velarán por que: (...) b) Ningún niño sea privado de su libertad ilegal o arbitrariamente. La detención, el encarcelamiento o la prisión de un niño se llevarán a cabo de conformidad con la ley y se utilizará tan sólo como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda*”, desprendiéndose de allí que si bien la Convención no rechaza la privación de la libertad de los menores con carácter absoluto -exigiendo un sustento legal y que no sea arbitraria-, impone asimismo que sea **el último recurso**, bajo determinados parámetros de proporcionalidad y temporales.

En el mismo orden de ideas, las “Reglas de Beijing” disponen en el acápite 17.1 los principios a los que deberá ajustarse la decisión de la autoridad competente, a saber: a) *La respuesta que se dé al delito será siempre proporcionada, no sólo a las circunstancias y la gravedad del delito, sino también a las circunstancias y necesidades del menor, así como a las necesidades de la sociedad;* b) *Las*

restricciones a la libertad personal del menor se impondrán sólo tras cuidadoso estudio y se reducirán al mínimo posible; c) Sólo se impondrá la privación de libertad personal en el caso de que el menor sea condenado por un acto grave en el que concurra violencia contra otra persona o por la reincidencia en cometer otros delitos graves, y siempre que no haya otra respuesta adecuada (...)” (en consonancia, las Reglas 10, 13 y 19 del mismo instrumento -el resaltado me pertenece-).

Son además cuantiosas las normas y recomendaciones de los órganos regionales e internacionales competentes que se expiden de manera conteste. A mero título enunciativo destaco aquí la Observación General 10 del Comité de los Derechos del Niño en cuanto establece que “(...) *el recurso a la privación de libertad tiene consecuencias muy negativas en el desarrollo armonioso del niño y dificulta gravemente su reintegración en la sociedad. A este respecto, el apartado b) del artículo 37 estipula expresamente que la privación de libertad, incluidas la detención, el encarcelamiento o la prisión, se utilizará tan sólo como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda, a fin de garantizar y respetar plenamente el derecho del niño al desarrollo*” (Consid. 11).

Como una derivación de ello, la O.G 10, de conformidad con lo establecido en el artículo 40, inciso 4 de la CDN precedentemente citado, y “*teniendo en cuenta que la mayoría de los niños delincuentes sólo cometen delitos leves*”, compromete a los Estados partes a promover medidas que no supongan un recurso a procedimientos judiciales, siempre que sea apropiado y deseable (consid. 24), toda vez que “*además de evitar la estigmatización, este criterio es positivo tanto para los niños como para la seguridad pública, y resulta más económico*” (Consid. 25).

Más adelante, el Comité agrega que “*Cuando un menor cometa un delito grave, se podrá considerar la aplicación de medidas*





proporcionales a las circunstancias del delinciente y a la gravedad del hecho, y se tomarán en consideración las necesidades del orden público y las sanciones”, sin perjuicio de lo cual “en el caso de los menores, siempre prevalecerá sobre estas consideraciones la necesidad de salvaguardar el bienestar y el interés superior del niño y de fomentar su reintegración social” (Consid. 71).

Anteriormente hice referencia al informe preliminar presentado por el Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria de Naciones Unidas con motivo de su reciente visita al país. Allí los expertos recordaron que *“la privación de la libertad de personas menores de 18 años debe ser una medida de última instancia y debe siempre cumplir cabalmente con las salvaguardas del artículo 40 de la Convención de los Derechos del Niño”* y manifestaron su preocupación por *“las limitadas posibilidades de aplicar medidas no privativas de la libertad en relación con los menores”*, alentando al Poder Judicial a optar por éstas en todos los casos posibles. Finalmente, exhortaron a la Argentina a que *“enmiende su legislación en todos los niveles a fin de que se corresponda con lo establecido en la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño”*.

En concordancia con este criterio nos encontramos que de igual modo el art. 353 *ter* se opone al art. 315 del Código de forma en cuanto este último prescribe que las disposiciones en materia de prisión preventiva *“no regirán con respecto a los menores de dieciocho (18) años, siéndoles aplicables las correspondientes normas de su legislación específica”* -aún cuando la deficiente ley 22.278 que establece el régimen penal juvenil nada regula al respecto-. En este punto resulta prácticamente impensable la posibilidad de conciliar lo dispuesto con el nuevo régimen de flagrancia.

Frente a este posicionamiento se ha defendido la posibilidad de interpretar armónicamente la ley 27.272 con las normas del régimen especial de menores regulado en los arts. 410 a 414 del CPPN. La

regla general de este procedimiento establece que “*en las causas seguidas contra menores de dieciocho (18) años se procederá conforme a las disposiciones comunes de este Código, salvo las que se establecen en este capítulo*” (art. 410, CPPN -el resaltado me pertenece-), de modo tal que -se alega- todas aquellas previsiones contempladas en la ley 27.272 que confronten con lo allí dispuesto como régimen especial no serían de aplicación a quienes no hayan alcanzado la mayoría de edad.

De acuerdo a esta inteligencia, debería entenderse que la detención de menores sólo sería procedente previa verificación de los presupuestos del art. 411 del CPPN y que las normas en materia de prisión preventiva no son de aplicación a aquéllos, circunstancia que permitiría armonizar el conjunto.

Sin embargo, lo cierto es que ningún esfuerzo interpretativo permite declamar que el legislador no impone la detención que en efecto ordena de manera expresa -como primer y único recurso-, de un modo inconciliable con la **obligación de todos los poderes del Estado en el ámbito de sus respectivas competencias, de regular una medida tan gravosa como la privación de la libertad de los menores como *ultima ratio*.**

La obligación de que sea el “último recurso” implica que la detención no se justifica salvo que, al tiempo en que concurren los presupuestos del art. 411 del CPPN, también se hayan evaluado previamente alternativas menos gravosas y no exista otro modo de evitar el riesgo.

La privación de la libertad debe quedar reservada a los hechos más graves y no a situaciones en las que puedan emplearse mecanismos menos lesivos de los derechos fundamentales del menor, puesto que es necesario evitar siempre que sea viable su entrada al sistema de justicia formal con todas las implicancias que apareja y son por demás conocidas.



En este entendimiento, no encuentro otra alternativa que declarar la inconstitucionalidad del art. 353 *ter* en cuanto **dispone el deber de detención de los menores** en las condiciones señaladas, contrariando irremediabilmente la Constitución Nacional (arts. 14 y 18), la CDN (arts. 19, 37, ap. b y 40, incisos 3 y 4 de la CDN) y demás instrumentos del denominado *soft law* reseñados, de carácter vinculante para el Estado. Ello así, va dicho, **sin que tal temperamento entrañe valoración positiva alguna con relación al régimen vigente con anterioridad a la sanción de esta norma**, sobre el cual no estoy llamado a expedirme en el caso.

No desconozco, claro está, que la declaración de inconstitucionalidad constituye un acto de última instancia, pero esa potestad se impone cuando la repugnancia con la constitución resulta manifiesta y la incompatibilidad inconciliable, como aquí acontece.

11. Ahora bien, en el punto anterior me referí a un conjunto de instrumentos internacionales que deben orientar todo régimen penal juvenil, entre ellos, las observaciones del Comité sobre los Derechos del Niño y diversas resoluciones adoptadas por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas. Si bien el denominado *soft law* no posee la misma jerarquía para nuestro derecho interno que los tratados, establece principios y pautas de interpretación que son vinculantes para los tribunales.

En este sentido, es sabido que en el ámbito del derecho internacional es una regla que los acuerdos se firman para ser respetados y que no es posible invocar disposiciones internas como justificación de su incumplimiento. Así surge del principio *pacta sunt servanda* (cfr. arts. 26 y 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados).

Nuestro máximo tribunal, empero, ha establecido reiteradamente que el mismo carácter vinculante que los tratados poseen los pronunciamiento de los órganos encargados de

interpretarlos y la jurisprudencia de los tribunales internacionales. En este sentido, se ha pronunciado, entre muchos otros, en: “Giroldi”⁹, “Arancibia Clavel”¹⁰, “Espósito”¹¹, “Simón”¹², “Mazzeo”¹³, Carranza Latrubesse¹⁴.

Asimismo, la Suprema Corte ha considerado pertinentes otras reglas de *soft law* a los fines del control de convencionalidad. Así, por ejemplo, en el fallo "*Verbitsky s/ Hábeas Corpus*"¹⁵ indicó que: "*Las Reglas Mínimas para el tratamiento de reclusos de las Naciones Unidas -si bien carecen de la misma jerarquía que los tratados incorporados al bloque de constitucionalidad federal- se han convertido, por vía del art. 18 de la Constitución Nacional, en el estándar internacional respecto de personas privadas de libertad*" (Consid. 39), y posteriormente en "*Asociación por los Derechos Civiles c/Estado Nacional*"¹⁶, el máximo tribunal tomó como fundamento de la sentencia distintos pronunciamientos de comités y organismos tales como la Relatoría Especial de Libertad de Expresión.

Por su parte, en el caso “Almonacid” la Corte IDH sostuvo con relación a este punto que: “*La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una*

⁹ CSJN, expte. G. 342 XXVI RH, rta. 7/04/95.

¹⁰ CSJN, expte. A. 38. XXXVII. RHE, rta. 24/08/04

¹¹ CSJN, expte. E. XXXIX., rta. 23/12/04

¹² CSJN expte. S. 1767. XXXVIII.

¹³ CSJN, expte. M. 2333. XLII, rta. 13/07/07.

¹⁴ CSJN, expte. C. 594. XLIV, rta. 6/08/13

¹⁵ CSJN expte. V. 856. XXXVIII. RHE.

¹⁶ CSJN expte. A. 917. XLVI.





*especie de 'control de convencionalidad' entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana*¹⁷. El mismo estándar fue ratificado por el tribunal en *"Fontevicchia y D'amico vs. Argentina"*¹⁸.

Así, al momento de resolver acerca de la aplicación de las leyes los jueces debemos tomar en consideración no sólo su conformidad con la constitución y los tratados internacionales ratificados por el Estado Argentino, sino también su coherencia con la jurisprudencia de los tribunales cuya competencia el país ha reconocido y las directrices de los órganos encargados de aplicar e interpretar tales convenios, velando por el efecto útil de los instrumentos internacionales.

12. Sentado ello, corresponde analizar a continuación los restantes agravios introducidos por la defensa y el MPF.

- Así, en cuanto a la pretendida **afectación al debido proceso legal**, fundada en que los reducidos plazos de tramitación establecidos en la ley 27.272 resultarían inconciliables con el régimen de la ley 22.278, particularmente con el mínimo de un año de tratamiento tutelar exigido por el art. 4 para la imposición de una pena, debo orientarme por una interpretación que como primera medida procure conciliar las normas en juego, siendo ello posible. En este sentido, advierto que tal requisito no resulta incompatible con lo dispuesto en el nuevo régimen de flagrancia, toda vez que la cesura que existe entre el expediente penal y el tutelar permiten arribar en un plazo relativamente breve a un pronunciamiento con relación a la responsabilidad del menor y, únicamente luego de haberlo sometido al

¹⁷ Corte IDH *"Almonacid Arellano y otros Vs. Chile"*, sentencia del 26/09/06 -Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas-, Consid. 124.

¹⁸ Corte IDH, caso *"Fontevicchia y D'amico Vs. Argentina"* -Fondo, Reparaciones y Costas- 29/11/2011, Consid. 93.

tratamiento tutelar pertinente y cuando hubiere llegado a la mayoría de edad, evaluar si procede o no la aplicación de una pena, que queda supeditada a lo dispuesto por la ley 22.278.

Debo decir, además, que en este punto el régimen resulta favorable a la celeridad con la que deben resolverse los casos de niños, niñas y adolescentes en conflicto con el sistema penal.

Así, la Observación general 10 del Comité de los Derechos del Niño (2007) establece en el considerando 51 que *“Hay consenso internacional en el sentido de que, para los niños que tengan conflictos con la justicia, el tiempo transcurrido entre la comisión de un delito y la respuesta definitiva a ese acto debe ser lo más breve posible. Cuanto más tiempo pase, tanto más probable será que la respuesta pierda su efecto positivo y pedagógico y que el niño resulte estigmatizado”*.

Seguidamente, recomienda el Comité *“que los Estados Partes fijen y respeten plazos con respecto al tiempo que puede transcurrir desde que se comete un delito y concluye la investigación policial, el fiscal (u otro órgano competente) decide presentar cargos contra el menor y el tribunal u otro órgano judicial competente dicta sentencia definitiva. Estos plazos deben ser más cortos que los establecidos para adultos”* (Consid. 52).

Asimismo, el Comité ratifica esta postura en el marco de la Observación General 14 (2013) al advertir que: *“Los niños y los adultos no tienen la misma percepción del paso del tiempo. Los procesos de toma de decisiones que se demoran o toman mucho tiempo tienen efectos particularmente adversos en la evolución de los niños. Por tanto, conviene dar prioridad a los procedimientos o procesos que están relacionados con los niños o les afectan y ultimarlos en el menor tiempo posible. El momento en que se tome la decisión debe corresponder, en la medida de lo posible, con la percepción del niño de cómo puede beneficiarle, y las decisiones tomadas deben examinarse a intervalos razonables, a medida que el*





niño se desarrolla y evoluciona su capacidad para expresar su opinión. Todas las decisiones sobre el cuidado, el tratamiento, el internamiento y otras medidas relacionadas con el niño deben examinarse periódicamente en función de su percepción del tiempo, la evolución de sus facultades y su desarrollo” (Consid. 93).

Así, en este aspecto la Ley 27.272, lejos de confrontar con el régimen tutelar del menor, parece ir en sintonía con la necesidad de dictaminar acerca de su responsabilidad en el tiempo más breve posible, independientemente de la resolución ulterior acerca de la punibilidad.

- **Vulneración de la división de poderes:** aduce la defensa que *“resulta patente la vulneración a la división de poderes de nuestro sistema republicano de gobierno, por cuanto el nuevo art. 353 ter del CPPN avanza sobre la independencia y soberanía que debe tener el órgano jurisdiccional al momento de adoptar decisiones que involucren los derechos de los menores de edad. En concreto, resulta de suma gravedad el derecho a gozar de la libertad ambulatoria mientras se sustancia el proceso (...)”*. No se advierte en el caso cuál sería concretamente la lesión invocada por el defensor, toda vez que la nueva legislación no cercena la competencia jurisdiccional ni su independencia y, por el resto, ya me he expresado con relación al derecho a gozar de la libertad ambulatoria por parte de los imputados, por lo cual la pretensión debe ser rechazada.

- **Vulneración de los principios de progresividad y no regresividad de los derechos humanos:** plantean defensor y fiscal que el nuevo régimen de flagrancia confronta con la constante ampliación que se exige en el reconocimiento de derechos a favor del hombre, resultando regresivo en tres aspectos sustanciales: i) al privar al imputado de la posibilidad de optar por el procedimiento común como lo permitía el anterior régimen de flagrancia; ii) al prever el juzgamiento por un único magistrado frente al otrora juzgamiento

colegiado, y que la eventual impugnación de la aplicación del régimen instituido por la ley 27.272 sea también resuelta por un solo magistrado; y iii) al establecer un plazo de caducidad exiguo para que el imputado pueda solicitar la suspensión del juicio a prueba o la realización de un juicio abreviado, violentando con ello la defensa en juicio.

Primeramente, corresponde contextualizar el planteo esbozado, recordando que el denominado “Principio de progresividad” surge normativamente vinculado a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (DESC), de los arts. 26 de la CADH y art. 2.1 del PIDESyC, que lo conceptúan como el compromiso asumido por los Estados de “lograr progresivamente la plena efectividad” de los derechos allí consignados. En este sentido, implica que el reconocimiento, efectividad y protección de los derechos debe avanzar en un sentido creciente hacia su plena realización.

Al respecto, en el caso “Acosta”¹⁹ la CSJN estableció que el principio *pro homine* “*impone privilegiar la interpretación legal que más derechos acuerde al ser humano frente al poder estatal*” y luego en el precedente “Madorrán”²⁰ asentó la vinculación de aquél con la progresividad que debe regir en materia de derechos humanos al indicar que “*El decidido impulso hacia la progresividad en la plena efectividad de los derechos humanos, propia de los tratados internacionales en la materia, sumado al principio pro homine, connatural con estos documentos, determinan que el intérprete deba escoger, dentro de lo que la norma posibilita, el resultado que proteja en mayor medida a la persona humana. Y esta pauta se impone aun con mayor intensidad, cuando su aplicación no entrañe colisión alguna del derecho humano a ser interpretado, con otros valores, principios, atribuciones o derechos constitucionales*”.

¹⁹ CSJN, Recurso de hecho “Acosta, Alejandro Esteban s/ infracción art. 14, 1° párrafo ley 23.737”, causa N° 28/05C, sentencia de 23 de abril de 2008, consid. 6.

²⁰ CSJN, “Madorrán, Marta Cristina c/ Administración Nacional de Aduanas s/ reincorporación, M. 1488. XXXVI, sentencia de 3 de mayo de 2007, consid. 8.





Es también en virtud de este mismo principio que, ante la colisión de normas de derecho interno e internacional de idéntica jerarquía, deberá preferirse aquella que mayor amplitud otorgue a los derechos y garantías.

Como su contracara, el art. 29 de la CADH recoge el principio de irreversibilidad, el cual impide toda regresión o menoscabo de los derechos y garantías que ya han sido reconocidos e integrados al ordenamiento jurídico.

Trasladado al ámbito penal, la progresividad debe entenderse como una regla que impone, en consonancia con el principio *pro homine*, una evolución que tienda siempre a favorecer el reconocimiento de más derechos y mejores garantías a las personas en el proceso.

Ahora bien, lo primero que cabe objetar entonces al planteo de los recurrentes es en tal caso la falla en demostrar la regresión que -con relación a los tres agravios individualizados- el nuevo régimen acarrea; esto es, los perjuicios concretos y actuales que tales disposiciones importan para los imputados en el caso de autos, y que no existirían en el supuesto de aplicarse el procedimiento común contemplado con anterioridad.

En segundo término, las partes fundan la pretendida violación al principio de progresividad en los arts. 19 y 29 -contrario sensu- de la CADH y 40 y 41 de la CDN, los cuales primero enuncian los derechos de todo niño -y específicamente de aquellos en contacto con la ley penal- y luego sientan las normas de interpretación de las respectivas convenciones, indicando en lo que aquí interesa que: *“Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: a) permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella; b) limitar el goce y ejercicio de*

cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados; c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza”.

Por su parte, el Art. 41 de la CDN prescribe que “*Nada de lo dispuesto en la presente Convención afectará a las disposiciones que sean más conducentes a la realización de los derechos del niño y que puedan estar recogidas en: a) El derecho de un Estado Parte; o b) El derecho internacional vigente con respecto a dicho Estado”.*

Pues bien, cabe insistir entonces en el fracaso de las partes en demostrar que las disposiciones aplicables a los menores con anterioridad a la ley 27.272 en materia de flagrancia y específicamente en lo que respecta a la posibilidad de optar por el procedimiento común, a la resolución por un tribunal colegiado y al mayor plazo para solicitar la suspensión del juicio a prueba o bien el juicio abreviado, “sean más conducentes” a la realización de los derechos de los aquí imputados.

A ello cabe agregar que el art. 353 quáter de la ley 27.272 contempla la posibilidad en determinados supuestos de oponerse al trámite especial de flagrancia y que ninguna disposición contenida en la Constitución ni en los Tratados internacionales exige o recomienda una integración específica para los tribunales de menores. Además, es preciso señalar que en el caso concreto esta afectación mal podría alegarse cuando, por la particularidad del planteo realizado, la actuación de la Cámara de Apelaciones y de esta Sala ha desplazado la intervención unipersonal.

El principio de progresividad no importa en sí mismo un derecho subjetivo adquirido y exigible por parte de los imputados de





ser juzgados por un determinado procedimiento, si no se acredita la afectación concreta y actual o bien la mengua en los derechos que otro régimen importa: en el caso, tampoco ha demostrado la defensa que la brevedad de los plazos haya irrogado la privación de garantía alguna ni han solicitado aún la suspensión del juicio a prueba o bien la realización de un juicio abreviado –que hubiera sido rechazada por caducidad.

Así las cosas, lo que las partes interpretan como una merma a los derechos de los imputados, y más allá de la opinión personal de quien suscribe, resulta ser una decisión legislativa, revisable por la jurisdicción únicamente en aquellos supuestos en que confronte de manera palmaria con la Constitución Nacional.

- **Vulneración de la finalidad tuitiva del régimen penal juvenil:** sugiere luego la defensa que la nueva ley de flagrancia contiene una finalidad retributiva que se contrapone con la finalidad tuitiva y resocializadora del régimen penal juvenil, lo cual se vislumbra, particularmente, en que no contempla de manera expresa la eventual absolución o reducción de pena al menor conforme lo establece el art. 4 de la ley 22.278. Nada obsta, empero, a que la falta de previsión expresa de esta posibilidad en la ley 27.272 sea interpretada a la luz de lo dispuesto en el régimen penal específico del menor, puesto que no se presenta en el caso una contradicción insalvable y en tales supuestos se impone sí una actividad conciliadora de las normas en juego.

- **Complejidad del proceso:** subsidiariamente, solicita la defensa, en los términos del art. 353 *quáter*, que se aplique a sus pupilos el procedimiento ordinario toda vez que los estudios que deben practicarse al menor y su grupo de pertenencia requieren por su complejidad un plazo que el nuevo régimen no prevé. Sin embargo, la referida norma es clara al establecer que la complejidad debe estar referida a las pruebas vinculadas a la investigación del hecho y no a

aquellas relacionadas con el trámite tutelar, que cuenta con sus plazos propios y más extensos. En el único caso en que las medidas tutelares podrían fundar la complejidad del proceso, sería en los supuestos en los que el juez necesite de aquellas a los efectos de esclarecer circunstancias relevantes para la eventual declaración de responsabilidad, lo que no ocurre en el caso de autos.

- Finalmente, el fiscal Sáenz agrega a los agravios la falta de previsión de la ley 27.272 en cuanto a la **representación estatal del menor**, toda vez que el art. 353 ter establece que a la audiencia deberán asistir el Ministerio Público Fiscal, el imputado y su defensor pero nada dice de la presencia del asesor tutelar. Una vez más, esta omisión legislativa podría -y debería- ser suplida mediante la interpretación armónica de las normas, velando por que el asesor se encuentre presente en todo acto que involucre al menor, conforme lo establece el régimen específico.

13. No obstante esta posibilidad de eventualmente conciliar las disposiciones de la ley 27.272 -en todo aquello que no se refiera a la privación de la libertad dispuesta por el art. 353 ter-, con la previsiones más específicas contenidas en el ordenamiento jurídico con relación a los menores y en las condiciones precedentemente apuntadas, es preciso tener presente que uno de los principios que informa el régimen penal juvenil, establecido tanto por la normativa interna como por las disposiciones de carácter internacional vinculantes para el Estado argentino, es aquel que impone la obligación de utilizar procedimientos específicos en la adopción de toda medida y/o decisión -de carácter administrativo, legislativo, y judicial- que pueda afectar el interés de los menores que entraron en conflicto con la ley penal. Es decir, que el Estado se ha comprometido ante la comunidad internacional a establecer un régimen jurídico e instituciones especializadas en la materia.



Esta especificidad, a su vez, está guiada por determinados pilares básicos, entre ellos: a) la consideración del interés superior del niño en todo acto y medida que los involucre, b) el deber consecuente, siempre que sea posible y favorable al menor, de adoptar medidas para tratar a los niños sin recurrir a procedimientos judiciales; c) cuando ello no sea viable, la detención únicamente procederá en aquellos supuestos en los que el menor sea condenado por un acto grave en el que concurra violencia contra otra persona o por la reincidencia en cometer otros delitos graves, y siempre que no haya otra respuesta adecuada (principio de proporcionalidad), y d) esa restricción de la libertad procederá por el menor tiempo posible.

Estas pautas sucintamente enunciadas se desprenden de todo un cúmulo normativo cuya aplicación, como ya expliqué, resulta vinculante para el Estado Argentino. Así, el art. 40 de la CDN establece la obligación de los Estados partes de adoptar *“todas las medidas apropiadas para promover el establecimiento de leyes, procedimientos, autoridades e instituciones específicos para los niños de quienes se alegue que han infringido las leyes penales o a quienes se acuse o declare culpables de haber infringido esas leyes, y en particular: (...) b) Siempre que sea apropiado y deseable, la adopción de **medidas para tratar a esos niños sin recurrir a procedimientos judiciales**, en el entendimiento de que se respetarán plenamente los derechos humanos y las garantías legales”*.

Asimismo, prescribe que *“se dispondrá de diversas medidas, tales como el cuidado, las órdenes de orientación y supervisión, el asesoramiento, la libertad vigilada, la colocación en hogares de guarda, los programas de enseñanza y formación profesional, así como otras posibilidades alternativas a la internación en instituciones, para asegurar que los niños sean tratados de manera apropiada para su bienestar y **que guarde proporción** tanto con sus circunstancias como con la infracción”* (el resaltado es propio).

Las “Reglas de Beijing”, de manera concordante establecen en su apartado 5° que el sistema de justicia de menores *“hará hincapié en el bienestar de éstos y garantizará que cualquier respuesta a los menores delincuentes será en todo momento **proporcionada** a las circunstancias del delincuente y del delito”*.

También la Corte IDH en el caso “Mendoza y otros vs. Argentina” (sentencia de 14 de mayo de 2013) indicó que *“conforme al principio de especialización, se requiere el establecimiento de un sistema de justicia especializado en todas las fases del proceso y durante la ejecución de las medidas o sanciones que, eventualmente, se apliquen a los menores de edad que hayan cometido delitos y que, conforme a la legislación interna, sean imputables. Ello involucra tanto a la legislación o marco jurídico como a las instituciones y actores estatales especializados en justicia penal juvenil. Sin embargo, también implica la aplicación de los derechos y principios jurídicos especiales que protegen los derechos de los niños imputados de un delito o ya condenados por el mismo”* (Consid. 146).

En el mismo orden de ideas, la Corte Interamericana se ha pronunciado acerca de los deberes de especial protección de niños y adolescentes que pesan sobre los Estados. Al respecto, expresó en la Opinión Consultiva 17/2002 solicitada por la CIDH sobre la Condición Jurídica y Derechos Humanos de los Niños y en numerosos fallos, que los niños poseen los derechos que corresponden a todos los seres humanos y tienen además derechos especiales derivados de su condición, a los que corresponden deberes específicos de la familia, la sociedad y el Estado.

En el caso "Instituto de Reeducción del Menor" Vs. Paraguay²¹ resaltó, en efecto, que los niños *“poseen los derechos humanos que corresponden a todos los seres humanos (...) y tienen además derechos especiales derivados de su condición, a los que*

²¹ "Instituto de Reeducción del Menor" Vs. Paraguay -Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas-, Sentencia de 2 de septiembre de 2004, consid. 147.



corresponden deberes específicos de la familia, la sociedad y el Estado (...) Así lo establece, por lo demás, el artículo 19 de la Convención Americana que dispone que “[t]odo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado”. Esta disposición debe entenderse como un derecho adicional, complementario, que el tratado establece para seres que por su desarrollo físico y emocional necesitan de protección especial”.

Luego agregó en el considerando 209 que *“si bien los derechos procesales y sus correlativas garantías son aplicables a todas las personas, en el caso de los niños el ejercicio de aquéllos supone, por las condiciones especiales en las que se encuentran los niños, la adopción de ciertas medidas específicas con el propósito de que gocen efectivamente de dichos derechos y garantías”* y, finalmente, que *“una consecuencia evidente de la pertinencia de atender en forma diferenciada y específica las cuestiones referentes a los niños, y particularmente, las relacionadas con la conducta ilícita, es el establecimiento de órganos jurisdiccionales especializados para el conocimiento de conductas penalmente típicas atribuidas a aquéllos y un procedimiento especial por el cual se conozcan estas infracciones a la ley penal”* (cfr. considerando 210)²².

Repárese que en aquel caso, la Corte concluyó que el Estado paraguayo, al no establecer un órgano jurisdiccional especializado para niños en conflicto con la ley hasta el 2001, **ni un procedimiento diferente al de los adultos que tuviera en consideración de manera adecuada su situación especial**, violó los artículos 2 y 8.1 de la CADH.

Por su parte, la CSJN al resolver en “Maldonado” precisó: *“Que estos derechos especiales que tienen los menores por su condición, no constituyen sólo un postulado doctrinario, sino que su*

²² En el mismo sentido, “González y otras” (“Campo Algodonero”) Vs. México; Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 16 de noviembre de 2009.

reconocimiento constituye un imperativo jurídico de máxima jerarquía normativa, derivado de los tratados internacionales suscriptos por nuestro país, en especial de la Convención del Niño y el Pacto de San José de Costa Rica” (CSJN “Maldonado”, M. 1022 XXXIX, rta. 7/12/05. Consid. 33) y en particular señaló la jueza Argibay que: “La Convención ordena utilizar procedimientos específicos para adoptar resoluciones que puedan afectar el interés de las personas que entraron en conflicto con la ley penal cuando eran menores de dieciocho años (artículo 40.3). Dicha regla tiene por fin evitar el daño que pueda ocasionarse a tales personas por la utilización automática de procedimientos que están diseñados para las adultas y que, por ende, no toman en cuenta las necesidades y características que el grupo protegido por la Convención no comparte con ellas” (considerando 19).

De manera análoga, en “*García Méndez, Emilio y Musa, Laura Cristina*” subrayó el máximo Tribunal que: “*que dicha protección especial importa reconocer lo que todo niño es, vale decir, un sujeto pleno de derechos, y, por consiguiente, configurar la “protección especial” en términos de concretos derechos, libertades y garantías, a las que los Estados deben dar “efectividad”, adoptando todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole, requeridas a tal fin (Convención, art. 4º)*” (cfr. causa N° 7537, 02/12/2008 - Fallos: 331:2691, Consid. 3). En el mismo decisorio agregó que siempre que esté en juego la persona de un niño, el contenido del derecho a su libertad personal no puede deslindarse del interés superior del niño, razón por la cual requiere de la adopción de medidas especiales para su protección, en atención a su condición de vulnerabilidad (cfr. Consid. 4).

En el mismo orden de ideas se expidió a su vez el Sistema Interinstitucional de Control de Cárceles al emitir su VII Recomendación, en este caso, referida a los derechos de niños, niñas, adolescentes y jóvenes en conflicto con la ley penal.



A esta altura, no puedo desconocer ni dejar de señalar que tampoco con anterioridad a la sanción de la ley 27.272 existía un régimen de flagrancia específico para menores y que el que se encontraba vigente no escapa a los cuestionamientos que al nuevo procedimiento pueden formularse, pero **esta circunstancia no nos autoriza a convalidar una disposición a todas luces contraria a los principios constitucionales y convencionales, puesto que además con ello se encuentra comprometida la responsabilidad internacional del Estado.**

14. Según expliqué, el principio de especialidad exige, como una de sus particularidades, que en todo acto o medida estatal que se adopte se priorice el interés superior del niño. Y es que si en la tarea judicial de aplicar reglas generales a situaciones particulares de ordinario se impone el deber de abstenerse de soluciones dogmáticas y lineales, ello se acentúa en materia de menores ante la necesidad de privilegiar en todos los casos tal interés.

Así, el art. 3 de la CDN dispone que *“En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”*.

Luego, el Comité de los Derechos del Niño -órgano encargado de interpretar la Convención-, puntualiza en la Observación General 14 que el objetivo del concepto *“interés superior”* es el de *“garantizar el disfrute pleno y efectivo de todos los derechos reconocidos por la Convención y el desarrollo holístico del niño”* y apunta a continuación que se trata de un concepto triple:

a) Un derecho sustantivo: el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial que se evalúe y tenga en cuenta al sopesar distintos intereses para tomar una decisión sobre una cuestión debatida, y la garantía de que ese derecho se pondrá en

práctica siempre que se tenga que adoptar una decisión que lo afecte, y agrega la Comisión que *“El artículo 3, párrafo 1, establece una obligación intrínseca para los Estados, es de aplicación directa (aplicabilidad inmediata) y puede invocarse ante los tribunales”*.

b) Un principio jurídico interpretativo fundamental: si una disposición jurídica admite más de una interpretación, deberá elegirse aquella que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño.

c) Una norma de procedimiento: siempre que se tenga que tomar una decisión que afecte a un niño, el proceso de adopción de decisiones deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones (positivas o negativas) de la decisión en el niño o los niños interesados. Además, *“la justificación de las decisiones debe dejar patente que se ha tenido en cuenta explícitamente ese derecho. En este sentido, los Estados partes deberán explicar cómo se ha respetado este derecho en la decisión, es decir, qué se ha considerado que atendía al interés superior del niño, en qué criterios se ha basado la decisión y cómo se han ponderado los intereses del niño frente a otras consideraciones, ya se trate de cuestiones normativas generales o de casos concretos”* (cfr. consideración I, A, punto 4 de la O.G 14 del Comité de los Derechos del Niño *“sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial”*).

De manera conteste, la ley 26.061 de *“Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes”* establece en su art. 3 que *“A los efectos de la presente ley se entiende por interés superior de la niña, niño y adolescente la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en esta ley. Debiéndose respetar: a) Su condición de sujeto de derecho; b) El derecho de las niñas, niños y adolescentes a ser oídos y que su opinión sea tomada en cuenta; c) El respeto al pleno desarrollo personal de sus derechos en su medio familiar, social y cultural; d) Su edad, grado de madurez, capacidad de discernimiento y demás*





condiciones personales; e) El equilibrio entre los derechos y garantías de las niñas, niños y adolescentes y las exigencias del bien común; f) Su centro de vida. Se entiende por centro de vida el lugar donde las niñas, niños y adolescentes hubiesen transcurrido en condiciones legítimas la mayor parte de su existencia” y que cuando exista conflicto entre los derechos e intereses de las niñas, niños y adolescentes frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos, prevalecerán los primeros.

Por su parte, la Observación General 10 del Comité, específicamente en lo atinente a la administración de la justicia de menores, apunta que en toda decisión: *“el interés superior del niño deberá ser una consideración primordial. Los niños se diferencian de los adultos tanto en su desarrollo físico y psicológico como por sus necesidades emocionales y educativas. Esas diferencias constituyen la base de la menor culpabilidad de los niños que tienen conflictos con la justicia. Estas y otras diferencias justifican la existencia de un sistema separado de justicia de menores y hacen necesario dar un trato diferente a los niños. La protección del interés superior del niño significa, por ejemplo, que los tradicionales objetivos de la justicia penal, a saber, represión/castigo, deben ser sustituidos por los de rehabilitación y justicia restitutiva cuando se trate de menores delincuentes. Esto puede realizarse al mismo tiempo que se presta atención a una efectiva seguridad pública”* (Consid. 10).

Al igual que la ley nacional, destaca el Comité que en aquellos supuestos en los que el “interés superior” del niño entre en conflicto con los derechos de otras personas, *“si no es posible armonizarlos, las autoridades y los responsables de la toma de decisiones habrán de analizar y sopesar los derechos de todos los interesados, teniendo en cuenta que el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial significa que los intereses del niño tienen máxima prioridad y no son una de tantas consideraciones. Por tanto,*

se debe conceder más importancia a lo que sea mejor para el niño”
(cfr. ap. 39, O.G 14).

En virtud de ello, no es posible efectuar ningún análisis en el caso sin tener en cuenta su interés superior.

15. Ahora bien, no es preciso esforzarse demasiado para advertir que el nuevo régimen de la ley 27.272 colisiona abiertamente con los principios enunciados: el de especialidad primero, y como derivación de ello la consideración del interés del menor y la proporcionalidad de las medidas allí dispuestas, así, la detención que impone el art. 353 *ter*.

Ello se vislumbra con mayor nitidez cuando se atiende a la circunstancia concreta de que el interés superior de los menores y las pautas que deben informar todo régimen penal juvenil no fueron tomados en consideración en ninguna instancia de la reforma hasta la actualidad: así, no se hizo referencia alguna a los menores en el Proyecto de Ley remitido por el Poder Ejecutivo al Congreso; no se aludió a la especificidad del régimen penal que les es aplicable en los debates legislativos, no fueron contemplados en la letra de la ley ni tampoco tenido en cuenta su interés en las medidas que con motivo de la sanción de la ley el Poder Ejecutivo y el Poder Judicial adoptaron para procurar la adecuada implementación del nuevo régimen. Más aún: contrariando todas las disposiciones internacionales enunciadas, omitieron también dar cuenta de los motivos que los condujeron a priorizar otros intereses por sobre el interés superior del niño (cfr. O.G. 10, ap. 10), por la sencilla razón de que ese interés no fue valorado en instancia alguna.

Es que si nos remitimos al mensaje de elevación del proyecto del Poder Ejecutivo al congreso, observamos que se alude al “*alto índice de criminalidad y reincidencia*”, a “*la demanda social de mayor protección a los ciudadanos y de la declaración de emergencia de seguridad pública*”, a que “*el lento accionar de la justicia no sólo*





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2
CCC 2435/2017/2/CNC1

retarda la debida reparación de la víctima y a la sociedad, sino que obliga al imputado de un delito a padecer largos períodos de encierro o de incertidumbre respecto de su situación procesal” y que entonces “resulta necesario dar una respuesta procesal adecuada a dicha problemática dotando al Poder Judicial de una herramienta ágil, sencilla y eficaz para el juzgamiento de hechos en los que el autor resulta sorprendido en el momento de cometerlos o inmediatamente después; o mientras es perseguido por la fuerza pública, por el ofendido o el clamor público; o mientras tiene objetos o presenta rastros que hagan presumir vehementemente que acaba de participar de un delito”.

Se argumenta luego que de ese modo una gran cantidad de los casos que llegan a conocimiento de los tribunales podrían ser resueltos rápidamente y de modo eficiente salvaguardando las garantías de los imputados y que *“teniendo en cuenta que los recursos son limitados, y en la búsqueda de asignarlos de la manera más eficiente posible, el procedimiento que aquí se propicia permite resolver de manera rápida los casos de autor conocido y prueba sencilla, liberando de esta manera recursos estatales para la investigación y juzgamiento de los delitos de investigación compleja como el narcotráfico, la trata de personas, la corrupción y el crimen organizado, brindándole a la sociedad mayor justicia y seguridad”* (cfr. mensaje n° 556 del PEN, de fecha 4 de abril de 2016).

Como se puede apreciar, ninguna consideración se efectúa con relación al interés de los menores. Tampoco ello ocurrió en los debates parlamentarios posteriores.

El eje argumental tiene anclaje en el discurso de la seguridad ciudadana, sin tomar en consideración los principios y mandatos impuestos por el derecho internacional de los derechos humanos incorporado a nuestra Constitución y cuya



inobservancia es susceptible de generar responsabilidad internacional para el Estado.

El Comité de los Derechos del Niño ha expresado al respecto que: *“reconoce que la preservación de la seguridad pública es un objetivo legítimo del sistema judicial. Sin embargo, considera que la mejor forma de lograr ese objetivo consiste en respetar plenamente y aplicar los principios básicos y fundamentales de la justicia de menores proclamados en la Convención”* (O.G 10, ap. 14).

A través del nuevo régimen **se potencia la judicialización de las problemáticas sociales, se atacan los efectos antes que las causas y se dispone entonces como medida primera y sin contemplar alternativas previas la detención, que no es solo la medida más gravosa para los menores sino que, conforme lo ha advertido el Comité de los Derechos del Niño en el marco de la Observación General 10, tampoco resulta más ventajosa en términos económicos como política de Estado** (cfr. consid. 25, O.G 10 sobre “Los derechos del niño en la justicia de menores”).

No es posible desconocer que la gran mayoría de los niños, niñas y adolescentes que se verán afectados por este régimen son vulnerables en cuanto tales y lo son doblemente toda vez que provienen de sectores marginados de la sociedad. **La respuesta punitiva a su respecto solo redundará en una mayor exclusión social reproduciendo las bases mismas de la inseguridad que se pretende combatir.**

En este punto, debo decir que comparto el criterio de los jueces de la Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones al resolver en la causa n° 2422/2017 *“González, A. A.”*, en cuanto destacaron que el procedimiento de menores tiene por objeto la inserción del menor en la vida social. Del otro lado, la reforma del procedimiento de flagrancia tuvo por objeto resolver más rápido los casos de autor



conocido y prueba sencilla, para una mejor eficiencia en la asignación de recursos materiales y humanos así como para cumplir en corto plazo la manda constitucional del juzgamiento en plazo razonable, y que *“sin desconocer un mayor respeto a las garantías procesales fijadas en el nuevo sistema en cuanto a la oralidad en su tramitación y, con ello, los principios de bilateralidad, contradicción, publicidad, concentración e inmediatez que entran en juego -los que por lo demás compartimos y aplicamos a partir de la reforme de la ley 26.374-, consideramos que ambos sistemas devienen incompatibles y que su aplicación conjunta crearía un procedimiento “centauro”: una cabeza que guía al joven para que comprenda más inteligentemente los hechos imputados derivados de su inmadurez emocional y afectiva, que podría concluir con su absolución, en un cuerpo que, contrariamente, busca una solución expedita en el marco de la emergencia de la seguridad pública. El nuevo procedimiento mira hacia el pasado en busca de una respuesta, el régimen penal juvenil mira además hacia el futuro: la reinserción del menor en la sociedad de manera constructiva”* (Sala I, CNACC, Causa n° 2422/2017 “González, A. A.”).

Nótese, por otra parte, que el plazo más breve que contempla la ley 27.272 y que resulta ser uno de sus aspectos destacables, tampoco se estipuló en consideración al “interés superior del niño” y, a mayor abundamiento, la ausencia de toda referencia a la presencia del asesor tutelar en los actos que los involucren da cuenta de la misma omisión.

Por último, debe advertirse que el Ministerio de Justicia de la Nación dispuso diversas medidas a través de la Subsecretaría de Relaciones Institucionales del Poder Judicial y Asuntos Penitenciario y de la Dirección Nacional del Registro Nacional de Reincidencia a los efectos de una correcta puesta en marcha del nuevo procedimiento de flagrancia (así, por ejemplo, la conformación de “Unidades de Flagrancia”, la incorporación de plazas, móviles y efectivos policiales; el Convenio Marco de Cooperación entre el Ministerio de

Seguridad el Consejo de la Magistratura, la capacitación brindada a magistrados y funcionarios nacionales en el manejo de audiencias multipropósito y destrezas de litigación oral; la elaboración de protocolos de actuación para las fuerzas de seguridad, entre otros). En ninguna de estas acciones adoptadas a los efectos de acondicionar la infraestructura al nuevo régimen se hizo referencia alguna al interés de los menores.

De este modo, no sólo asiste razón a la defensa en cuanto alega la vulneración al principio de especialidad sino que este vicio hace inaplicable el nuevo régimen de flagrancia a los menores.

16. En consecuencia, corresponde **HACER LUGAR** a los recursos interpuestos por la defensa y el Ministerio Público Fiscal y **DECLARAR LA INCONSTITUCIONALIDAD** del **ART. 353 TER** (cfr. ley 27.272) en cuanto impone la detención obligatoria de menores, a pesar de que tal medida debe ser la *ultima ratio*, previa evaluación de providencias menos gravosas; ello así, en violación a lo establecido por los arts. 14 y 18 de la C.N.; arts. 19, 37 b) y 40, incisos 3 y 4 de la CDN; Reglas 10, 13, 17.1 y 19 de las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores -"Reglas de Beijing"-, considerandos 11, 24, 25 y 71 de la Observación General 10 del Comité de los Derechos del Niño sobre "Los derechos del niño en la justicia de menores" y cc.; sin costas (arts. 455, 456, 465 bis, 470, 530 y 531 del CPPN).

Asimismo, se impone declarar la **INAPLICABILIDAD** de la ley 27.272 con relación a las personas menores de edad, toda vez que la norma fue sancionada apartándose de los principios que deben informar el régimen penal juvenil -en particular, los principios de especialidad y proporcionalidad- y omitiendo el legislador toda consideración a su interés superior, parámetros estos que se desprenden de nuestra Carta Magna y del derecho internacional de los derechos humanos.





Por último, no es posible soslayar que tanto la Corte Suprema de Justicia de la Nación en precedentes como el citado “*García Méndez*”, como la Corte IDH en el caso “*Bulacio Vs. Argentina*” y el Comité de los Derechos del Niño en sus observaciones formuladas al país en los años 2002 y 2010, han instado al Poder Legislativo a adecuar la ley 22.278 y el marco jurídico general vigente en materia de derecho penal juvenil a los estándares mínimos que en lo pertinente se desprenden de los instrumentos internacionales, deber éste que no es susceptible de continuar siendo eludido sin comprometer la responsabilidad internacional del Estado. Esta mora del legislador, empero, no debe conducir a conciliar sistemas antagónicos y convalidar sin más disposiciones que no se ajustan al programa constitucional dirigido al tratamiento de menores en conflicto con la ley penal.

El juez Eugenio Sarrabayrouse dijo:

1. Los antecedentes del caso

Del resumen efectuado en las “resultas” (puntos I, II y III), interesa aquí resaltar algunos antecedentes relevantes para la solución de los recursos planteados.

a. Las actuaciones policiales se iniciaron a las 15.40 hs. del 12 de enero de 2017. Tras la información que recibió la sargento Liliana Marcial, se aprehendió a los menores J. F. y A.D.S. y se procedió a consultar con la Fiscalía Nacional de Menores N° 6, que ordenó imprimir al caso el procedimiento de flagrancia regulado por los arts. 353 *bis* y sigs., CPPN. Así, se dispuso el traslado de los menores al Instituto Inchausti y ese mismo día, a las 22.30 hs., un secretario del Juzgado Nacional de Menores N° 3 ordenó que a la jornada siguiente se remitieran todas las actuaciones. Asimismo, señaló que impartiría directivas al mencionado instituto.

Antes de la realización de la audiencia prevista en el art. 353 *quáter*, CPPN, la defensa solicitó que no se aplicara al caso el

procedimiento de flagrancia; en subsidio, planteó su inconstitucionalidad. Pese a esto, la causa siguió ese derrotero procesal y el 13 de enero de 2017 la jueza de menores rechazó los planteos de la defensa.

b. La decisión de la jueza de menores fue apelada por la defensa y, en la audiencia ante la Cámara de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, el fiscal general no solo coincidió con los argumentos de la defensa, sino que además solicitó la aplicación del régimen común, lo “...que debía entenderse como un desistimiento de la solicitud efectuada en la primera instancia...” según lo consignó la sentencia recurrida (ver fs. 2 vta. de este incidente).

c. En la audiencia cuya realización da cuenta el acta de fs. 53 de este incidente el fiscal general sostuvo que la ley 27.272 agravaba la situación de los menores porque debían llegar detenidos a la audiencia de flagrancia como única alternativa, sin distinguirse entre mayores y menores, y en contra del principio de *última ratio* que rige para la detención en los casos leves.

Luego analizó, entre otras cuestiones, el voto del juez Magariños en la causa “**Camino Morales**”, y sostuvo que en el presente había un caso en sentido constitucional, por la existencia de un agravio. A diferencia de lo ocurrido en aquel precedente, aquí los menores habían llegado detenidos a la audiencia de flagrancia. Por esa razón, el argumento del *a quo* en el punto estaba infundado en los términos del art. 123, CPPN.

Asimismo, los jueces habían considerado que no existía agravio porque se había ordenado la aplicación del régimen de flagrancia y dispuesto la remisión de los menores al Instituto Inchausti, aplicándose al mismo tiempo las disposiciones de la ley 22.278. Pero ello constituía una arbitrariedad, porque el *a quo* equiparaba la disposición tutelar con la detención cautelar, y lo cierto era que la ley de flagrancia aludía al *detenido*, en tanto la ley 22.278 hablaba de



disposición. En definitiva, se “hacía encajar” un régimen en el otro cuando eran, a su juicio, incompatibles.

2. El recurso de casación de la defensa

a. La alegada violación del sistema acusatorio. El análisis sobre la existencia de un “caso” y la declaración de inconstitucionalidad

Del resumen efectuado en el voto del juez Días (punto II) surge que el primer agravio de la defensa plantea que, en el caso, tanto esa parte como el acusador público coincidieron en que el régimen de flagrancia era inconstitucional, por lo cual los jueces de la instancia anterior no podían ir más allá de lo planteado por las partes.

En este punto, el caso es sustancialmente análogo a lo resuelto en el precedente “**Salinas**”²³. Al igual que en ese asunto, si bien es cierto que el fiscal coincidió con el planteo de la defensa en cuanto a la inconstitucionalidad del nuevo procedimiento de flagrancia aplicado a los menores, en realidad la parte recurrente omite examinar si esa falta de discusión sobre la solución jurídica del caso puede extenderse, sin más, a la declaración de inconstitucionalidad de una regla.

Por esta razón, y en virtud de lo resuelto en los precedentes “**Soto Parera**”²⁴, “**Pesce**”²⁵, “**Albornoz**”²⁶ y “**Sosa**”²⁷, corresponde analizar en primer término si lo dicho en aquellas sentencias en cuanto a la inexistencia de un “caso” es aplicable en un asunto donde la fiscalía y la defensa coinciden en que una regla es inconstitucional y por lo tanto no debe ser aplicada.

La declaración de inconstitucionalidad requiere como paso previo realizar una interpretación de la Constitución y la regla cuestionada, actividad que es sustancialmente diferente a la que se

²³ Sentencia del 30.12.16, Sala II, jueces Sarrabayrouse, Días y Niño, registro n° 1049/16.

²⁴ Sentencia del 13.07.15, Sala II, jueces Morin, Bruzzone y Sarrabayrouse, registro n° 240/15.

²⁵ Sentencia del 17.07.15, Sala II, jueces Morin, Bruzzone y Sarrabayrouse, registro n° 258/15.

²⁶ Sentencia del 16.07.15, Sala II, jueces Morin, Bruzzone y Sarrabayrouse, registro n° 247/15.

²⁷ Sentencia del 29.12.15, Sala II, jueces Morin, Niño y Sarrabayrouse, registro n° 129/16.



efectúa con los textos legales. Esta distinción se basa tanto en el objeto sobre el que recae (la Constitución) como en las características con que se desarrolla (fundamentalmente, resolver conflictos entre principios o entre éstos y reglas).²⁸ En este sentido, la aplicación de un principio exige, por lo general, concretarlo y luego su ponderación con otros en conflicto con aquél.

Además, la declaración de inconstitucionalidad de una regla es un acto claro de creación del derecho, ya sea que ella se produzca dentro de un sistema de control judicial concentrado o en uno difuso, y en todos los supuestos requiere una expresa decisión judicial.²⁹ De esta manera, no se trata de una interpretación posible y razonable de un texto legal propuesta sin discusión por las partes, sino que es un planteo dirigido a declarar la invalidez de una regla dentro del sistema jurídico, es decir, de privarla de todo efecto en el caso particular. De allí que quienes realizan la interpretación “auténtica” de la Constitución sean los jueces,³⁰ en sentido kelseniano, o sea, la que produce efectos jurídicos, con las particularidades del ordenamiento jurídico argentino, en tanto permite un control difuso de la constitucionalidad de las reglas.

En este aspecto, si bien el art. 116, CN permitiría afirmar que le corresponde al Poder Judicial el control de la constitucionalidad de las leyes, lo cierto es que en nuestro país este sistema se desarrolló principalmente como una *creación judicial* a partir del caso “**Sojo**”³¹ y “**Municipalidad de la Capital c. Elortondo**”.³² Recién tendrá una regla constitucional expresa tras la reforma de 1994, en cuanto consagró en el primer párrafo del nuevo art. 43 la facultad del juez, en el marco de un recurso de amparo, “...de declarar la

²⁸ Sobre este aspecto, véase Miguel CARBONELL, *Prólogo. La interpretación constitucional como problema*, en Riccardo GUASTINI, *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*, traducción de Miguel Carbonell y Pedro Salazar, Trotta, Madrid, 2008, ps. 9-25.

²⁹ Cfr. Riccardo GUASTINI, *Jurisdicción y sistema jurídico*, Ediciones Universidad de Salamanca, ps. 229-230.

³⁰ Cfr. Riccardo GUASTINI, *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*, op. cit., p. 43 y sigs.

³¹ Fallos: 32:120, de 1887.

³² Fallos: 33:162, de 1888.





inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva...”. De esta manera, el ordenamiento jurídico argentino siguió el modelo de los Estados Unidos de Norteamérica a partir del caso “Marbury vs. Madison” y luego lo concretó en una regla constitucional, al menos para el recurso de amparo.

En cuanto al alcance de este control de constitucionalidad, lentamente también se ha impuesto el criterio de que aún puede ejercerse de oficio. Del mismo modo, y en forma pausada, las “zonas” exentas del control judicial (las llamadas *cuestiones políticas no justiciables*) retrocedieron ante la posibilidad de su inspección y escrutinio.

Este modelo difuso, y sobre casi todas las materias, presenta diversas dificultades. La primera se refiere directamente a la legitimidad de este control frente a la autoridad democrática de la ley emanada del Congreso Nacional.³³ De manera específica, es el enorme poder que se otorga a cualquier juez. Además, pese a que se reconoce en la Corte Suprema su carácter de guardián máximo de la Constitución, lo cierto es que el principio *stare decisis*, en su sentido horizontal y vertical, no tiene una aplicación estricta en nuestro sistema, tal como se ha desarrollado en el precedente “Medina”³⁴ (entre otros), lo que puede conducir a una multiplicidad de sentencias contradictorias sobre la misma materia y en casos sustancialmente análogos.

En este sentido, cuando se habla de la *gravedad institucional* que implica la declaración de inconstitucionalidad, esa expresión debe interpretarse como un esfuerzo a realizar para no invadir las esferas propias del legislador y no extralimitar el poder de los jueces. Ésta fue una de las luchas de la Ilustración: limitar la arbitrariedad de los

³³ Esta cuestión ha sido tratada por Roberto GARGARELLA, *La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*, Ariel, Barcelona, 1996; Sebastián LINARES, *La (i)legitimidad democrática del control judicial de las leyes*, Marcial Pons, Madrid, 2008; Jeremy WALDRON, *Derecho y desacuerdos*, traducción de José Luis Martí y Águeda Quiroga, Marcial Pons, Madrid, 2005; Fernando ATRIA, *La forma del derecho*, Santiago de Chile, 2015.

³⁴ Cfr. causa n° 17733/2012, caratulada “Medina, Lucas y otros s/robo agravado”, rta. 03/09/15, registro n° 406/15.



jueces y que no impongan sus preferencias o gustos personales sobre los del legislador, expresión de la voluntad general, lo que a su vez está en la génesis histórica del predominio de la interpretación literal de la ley, el papel de los jueces y el nacimiento del recurso de casación, tal como se lo conoció en nuestro ordenamiento jurídico hasta hace poco tiempo.³⁵ En este aspecto, la discusión sobre el alcance de los principios abre paso a un amplio margen de discrecionalidad: la única forma de limitarla es mediante la argumentación, esto es, la explicación de las razones por las cuales los jueces deciden como deciden, lo que permite, a su vez, controlarlos. A ello debe agregarse una amplia deliberación sobre las cuestiones que implican la constitucionalidad de las reglas y el estudio de otras “voces” dentro de la misma administración de justicia, a la manera en que lo propone Perfecto ANDRÉS IBAÑEZ.³⁶ Incluso, debería pensarse en reglas, como la que contiene el art. 113, segundo párrafo, de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, que ante la declaración de inconstitucionalidad de una ley por parte del Tribunal Superior permite a la Legislatura ratificarla con una mayoría especial.

En definitiva, se trata de que todo el enorme poder que implica esta facultad de declarar inconstitucional una regla sea acompañado por una gran responsabilidad y mesura en su ejercicio.

b. De lo expuesto surge con claridad que la coincidencia de la fiscalía y la defensa en cuanto a la inconstitucionalidad de una regla (o, en el caso, de la aplicación de todo un procedimiento) no determina que el juez no deba analizar la cuestión y pueda rechazarla, incluso con argumentos que no formaron parte de la discusión, por las implicancias institucionales que una eventual declaración de aquella especie tiene. Sin embargo, la circunstancia de que el Ministerio

³⁵ Sobre la evolución del recurso de casación, véase por todos, Daniel PASTOR, *La nueva imagen de la casación penal. Evolución histórica y futuro de la dogmática de la impugnación en el derecho procesal penal*, Ad – Hoc, Buenos Aires, 2001, en particular ps. 15-35; en la jurisprudencia, el *leading case*, “Casal”.

³⁶ Cfr. autor citado, *Tercero en discordia. Jurisdicción y juez del Estado Constitucional*, Capítulo XI, *El juez en la aplicación de la ley*, Trotta, Madrid, 2015, ps. 285 – 306, en particular , ps. 293-297.





Público Fiscal tache de inconstitucional una regla es un elemento a tener en cuenta y que obliga a un análisis profundo de la constitucionalidad cuestionada.

3. El análisis de la cuestión en la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional y en este Tribunal

Si bien el debate analizado en el punto anterior no está legislado, sí resulta posible escuchar otras voces que se han pronunciado con respecto a este tema.

De este manera, la interpretación del alcance y la constitucionalidad de las reglas que regulan el nuevo proceso de flagrancia (ley 27.272), y su aplicación en los supuestos que involucran a menores de edad, ha generado diversas posturas por parte de los jueces que integran tanto la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional como este Tribunal.

a. La jurisprudencia de la Cámara de Apelaciones

La Sala I, integrada por los jueces Bunge Campos y Rimondi, dispuso la no aplicación del procedimiento de flagrancia en el caso y no hizo lugar al planteo de inconstitucionalidad deducido en subsidio.³⁷

Contrariamente, los jueces Pociello Argerich, Pinto y Scotto, integrando la Sala de FERIA A, confirmaron la resolución de primera instancia que no había hecho lugar al planteo de no aplicación del régimen de flagrancia instaurado por la ley 27.272 y al planteo de inconstitucionalidad de la misma ley en aquellos procesos seguidos contra menores según las previsiones de la ley 22.278.³⁸ Del mismo modo se pronunció la Sala VI (jueces Lucini y Pociello Argerich).³⁹ También la Sala IV (jueces González, Seijas y González Palazzo), que confirmó el rechazo de inconstitucionalidad de la ley 27.272 y de la

³⁷ Cfr. causa CCC 2422/2017/CA1, “González, Arístides Adrián”, sentencia del 10.2.17.

³⁸ Cfr. causa CCC 2416/2017/CA1, “Mendoza, Jonathan Ezequiel”, sentencia del 31.1.17.

³⁹ Cfr. causa CCC 5658/2017/CA1, “Calderón y otro”, sentencia del 9.2.17.

objeción a aplicar el procedimiento para supuestos de flagrancia en el caso, por no tratarse de una investigación compleja.⁴⁰

Finalmente, la Sala VII, integrada por los jueces Cicciaro y Scotto, resolvió en idéntico sentido, rechazando el planteo de inconstitucionalidad;⁴¹ en tanto que, en oportunidad de encontrarse compuesta por los colegas Divito y Rimondi, éstos revocaron por mayoría (con disidencia de Scotto) la resolución de primera instancia y dispusieron que la causa se sustanciara de conformidad con las reglas comunes, además de declarar abstracto el tratamiento del planteo de inconstitucionalidad.⁴²

b. La jurisprudencia de esta Cámara

Los jueces Magariños y Mahiques se pronunciaron en el precedente “**Camino Morales**”⁴³ por la inadmisibilidad del planteo de inconstitucionalidad, dada la falta de demostración, por parte del impugnante, de un perjuicio concreto y actual derivado de la aplicación de la ley cuestionada en el caso. Se aclaró que el imputado no se encontraba detenido ni había concurrido a la audiencia en esa condición, en tanto se habían adoptado mecanismos propios para el tratamiento de un menor de edad; y no se había solicitado la suspensión del juicio a prueba o el procedimiento de juicio abreviado. El juez Magariños se refirió, a modo de *obiter dictum*, a la aplicabilidad de la ley 27.272 en los casos de menores. Dijo, entre otras cosas, que la resolución recurrida tampoco podía tildarse de arbitraria o de haber efectuado una incorrecta interpretación y aplicación de las normas en consideración; que no encontraba incompatibilidad entre el régimen establecido por la ley 27.272 y las restantes normas del ordenamiento; y que no parecía razonable entender que la regla legal en cuestión impusiera necesariamente la detención de la persona hallada en flagrante delito, pues al igual que

⁴⁰ Cfr. causa CCC 72867/2016/CA1, “Camino Morales, Lucas”, sentencia del 21.12.16.

⁴¹ Cfr. causa CCC 73574/2016/CA1, “Alarcón, Leonardo”, sentencia del 15.12.16.

⁴² Cfr. causa CCC 16358/2017/CA1, “Gutiérrez, Roberto Alejandro”, sentencia del 19.4.16.

⁴³ Sentencia del 28.3.17, Sala III, jueces Magariños, Mahiques y Jantus, registro n° 220/17.





en el caso de los mayores la cuestión debía ser armonizada con las reglas procesales y constitucionales que rigen para disponer la privación de libertad dispuesta con carácter cautelar. Por su parte, el juez Mahiques añadió, entre otras cosas, que el recurrente tampoco había planteado adecuadamente un conflicto normativo de orden constitucional.

De idéntico modo resolvieron el fallo **“Giménez y Peralta”**⁴⁴, oportunidad en que se remitieron a los argumentos sostenidos en el fallo anterior y reiteraron algunos de ellos.

Por el contrario, el juez Jantus sostuvo en esos dos mismos precedentes la admisibilidad del recurso. En el segundo explicó, en síntesis, que la aplicación de la Convención de los Derechos del Niño, la no consideración en la ley 27.272 de los mandatos del Comité del Niño, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, así como también la obligación del Estado Argentino de cumplir con los tratados internacionales, constituía una cuestión de una gravedad suficiente como para abrir el recurso de casación más allá de lo que sucediera en cada caso en particular. Por ello, correspondía hacer lugar al recurso y declarar que la ley 27.272 era inaplicable al sistema penal juvenil, dado que el legislador no había tenido en cuenta el interés superior del niño ni la situación específica de los jóvenes relacionados con causas penales. En definitiva, *“...adecuar la ley al sistema penal juvenil es hacer lo que el legislador no hizo, es decir que se aplicaría una ley de flagrancia penal juvenil creada por los jueces...”*.

Luego, en el **“Recurso de queja de Camino Morales”**⁴⁵ se remitió a las consideraciones recién resumidas; en tanto los jueces Magariños y Mahiques decidieron la inadmisibilidad del recurso por entender que no se había demostrado que la resolución impugnada se tratara de una decisión que generara agravio concreto, actual y de

⁴⁴ Sentencia del 4.4.17, Sala III, jueces Magariños, Mahiques y Jantus, registro n° 246/17.

⁴⁵ Sentencia del 11.4.17, Sala III, jueces Magariños, Mahiques y Jantus, registro n° 285/17.

imposible reparación ulterior, amén de que era revisable por vía de apelación.

Finalmente, la misma Sala III, con distinta integración, intervino en el **“Recurso de queja de Giménez y Peralta”**⁴⁶ y decidió hacer lugar al recurso de casación interpuesto, casar la resolución impugnada y declarar inaplicable al caso el régimen previsto en el art. 353 *bis* y siguientes del Código Procesal Penal de la Nación. El juez Jantus se remitió a los fundamentos dados en la anterior sentencia de esa misma causa; mientras que el juez Niño adhirió a ese voto. Estimó absolutamente inaplicable el régimen de la ley 27.272 a los menores de edad y, tras repasar los antecedentes normativos y jurisprudenciales nacionales e internacionales, agregó que *“...no sólo no hay una sola mención a los menores en la ley n° 27.272, sino que ciertos institutos (como la prisión preventiva o la excarcelación) tienen mecánicas que no tienen absolutamente nada que ver con la normativa existente que ordena el régimen penal juvenil, incluyendo la defectuosa ley n° 22.278, reformada por la ley n° 22.803...”*. A su parecer, *“...están legislando en contra de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, lo que entiende alarmante...”*. En su disidencia, Magariños se remitió en un todo a lo que había resuelto previamente en el mismo proceso y en el precedente **“Camino Morales”** ya citado.

Por su parte, los jueces de la Sala I, Bruzzone, Garrigós de Rébora y García, se pronunciaron en la causa **“Calderón y otro”**⁴⁷ rechazando el recurso interpuesto por la defensa. El colega García concluyó que no se había demostrado que la aplicación al caso del procedimiento de la ley 27.272 hubiese implicado una afectación del derecho del niño a verse libre de injerencias ilegales o arbitrarias en su libertad física, ni tampoco que la aplicación de esa ley lo hubiese privado de obtener en tiempo útil la revisión judicial de su privación

⁴⁶ Sentencia del 18.4.17, Sala III, jueces Magariños, Jantus y Niño, registro n° 293/17.

⁴⁷ Sentencia del 24.4.17, Sala I, jueces García, Garrigós de Rébora y Bruzzone, registro n° 294/17.





de libertad; además, la impugnación de constitucionalidad de esa ley, tal como se aplicaba en ese supuesto, no podía ser acogida porque no se había demostrado la sustancia del gravamen que, según se aducía, acarrearía. Uno de sus argumentos centrales consistió en que no era la nueva ley la que imponía de modo imperativo detener a toda persona sorprendida en flagrancia y presentarla detenida ante el juez, sino que era la vieja ley la que ya lo imponía, y seguía imponiendo en los arts. 284 inc. 4° y 286, CPPN. En efecto, dijo que “...[e]n la práctica de la jurisprudencia esas disposiciones no han sido aplicadas hasta ahora en el sentido de sostener que todo niño menor de dieciocho años sorprendido en flagrancia debería ser aprehendido y mantenido en detención hasta su presentación al juez. Al contrario, una extendida práctica jurisprudencial desarrollada a partir de una razonable interpretación del art. 411 CPPN guiada por criterios de necesidad y proporcionalidad, no reconoce a la aprehensión y detención de un niño menor de dieciocho años carácter imperativo e ineludible y toma frecuentemente medidas para asegurar la presencia del niño y otros fines del incipiente proceso no restrictivas de su libertad física...”. Ninguna interpretación razonable imponía que, tratándose de un niño menor de dieciocho años sorprendido en flagrancia, el art. 284 inc. 4°, CPPN debiera ser interpretado de modo distinto al que razonablemente se interpreta a la luz del art. 411.

También citó otros pasajes de la sentencia de la Corte Suprema dictada en el caso “**García Méndez**”, que ofrecían “...criterios para superar eventuales conflictos entre la ley doméstica y la Convención sobre los Derechos del Niño. En efecto, después de constatar que la ley 26.061 ha establecido ‘un sistema de protección integral de las niñas, niños y adolescentes, únicamente deroga [...] la [...] ley 10.903’ y que, por ende, continuaba en vigencia la ley 22.278. Advirtió sin embargo que ‘la interpretación de la ley 22.278 no debe ser efectuada en forma aislada sino en conjunto con el resto del plexo normativo aplicable, como parte de una estructura sistemática, y en

forma progresiva, de modo que mejor concilie con la Constitución Nacional y con los tratados internacionales que rigen la materia, allí previstos'...".

El juez Bruzzone coincidió con García, remitiéndose a los argumentos desarrollados en otro precedente dictado el mismo día – que se resumirá a continuación– y expresando que “...nos enfrentamos a la crítica y descalificación de que el procedimiento de flagrancia, introducido en la legislación procesal nacional (ley 27.272), no es compatible con las previsiones y objetivos de la legislación prevista para los menores en conflicto con la ley penal (ley 22.278), lo que debe ser rechazado...” y que no se había acreditado agravio alguno o supuesto de arbitrariedad en la interpretación y aplicación de la ley que pudiera ser censurado. La colega Garrigós de Rébora concordó con la decisión del juez García enfatizando, entre otras cosas, que la parte no había logrado mostrar un perjuicio en concreto; y aclaró que, pese a los inconvenientes que los colegas Jantus, Bunge Campos y Rimondi describían acertadamente sobre el asunto, no encontraba la forma de no aplicar una norma vigente, salvo tachándola de inconstitucional, lo que no se podía predicar en el caso.

En el mismo sentido se expidieron al resolver el caso “**Cáceres y M.**”⁴⁸. Bruzzone consideró, en lo central, que la ley era aplicable a menores y no advertía, de momento, argumentos de entidad constitucional o convencional como para descalificarla en su aplicación a ese segmento de la población; también señaló que el pronunciamiento pretendido por las partes parecía estar dirigido a un tribunal de control de constitucionalidad en abstracto y no para el caso concreto “...porque todos y cada uno de los cuestionamientos, con efectos reales en este momento, han encontrado respuesta en la aplicación armónica de la ley n° 22.278, que regula el procedimiento y consecuencias que debe seguirse en procesos donde estén

⁴⁸ Sentencia del 24.4.17, Sala I, jueces Bruzzone, García y Garrigós de Rébora, registro n° 295/17.



involucrados menores, y las disposiciones de un procedimiento que pretende agilizar los tiempos en casos que, por su falta de complejidad, pueden ser resueltos velozmente...”. Por ende, propició el rechazo de los recursos interpuestos por la defensa y la fiscalía.

De igual modo, los jueces García y Garrigós de Rébora adhirieron a la solución propuesta, remitiéndose en gran medida a sus votos en la citada causa **“Calderón y otro”**. La última agregó en esta oportunidad que *“...nuevamente la recurrente ha planteado escenarios de conflicto normativo que no considero relevantes a partir de una aplicación conglobada del nuevo régimen de flagrancia, tal como el uso práctico de la norma específica (Ley 22.278), se ha ido modificando y adecuándose a los presupuestos de la CDN. Ciertamente es que la nueva ley no satisface la manda convencional de legislación específica para el derecho penal de menores, pero en ese aspecto no se diferencia del resto de los institutos que cotidianamente se aplican en la especialidad. Por otra parte, no toca a los jueces solucionar esa obligación ya que es otro poder del estado el llamado a satisfacerla...”*.

Por su parte, el juez Niño, en el caso **“Vargas”**⁴⁹, destacó en el punto IV de su voto que la ley 27.272 estaba en las antípodas de cumplir con las obligaciones internacionales del Estado argentino con respecto a la legislación penal juvenil. *“En rigor, dicha ley no atiende en lo más mínimo a la situación de esos niños, ni fue creada para ello, ni en sus antecedentes parlamentarios se le reconoce atinencia alguna al universo representado por aquellos...”*. Agregó que en el trámite previsto para los casos de flagrancia *“...aparece la insalvable contradicción de su texto, referido a la aprehensión de un sujeto de detenido ante un juez y las alternativas de prisión preventiva o excarcelación...”*, lo que contradice no sólo el art. 315, CPPN sino *“...todo un elenco de disposiciones de la Convención y de los restantes instrumentos internacionales alusivos al tema...”*. Por éstas

⁴⁹ Sentencia del 1.6.17, Sala I, jueces Bruzzone, García y Niño, registro n° 425/17.

y otras razones analizadas en su voto, el mencionado juez propició declarar la inaplicabilidad de la ley 27.272 a las personas menores de dieciocho años de edad y enviar las actuaciones al juez que corresponda, a fin de continuar el trámite de las actuaciones conforme a las prescripciones de la ley 22.278 y del CPPN, reinterpretadas a tenor de las disposiciones de la Convención sobre los Derechos del Niño, las Reglas de Beijing, las Directrices de Riad y las Reglas de La Habana.

4. El caso en estudio presenta la particularidad, destacada en la audiencia de fs. 53 por el fiscal general, de que *efectivamente* los menores involucrados en este caso fueron detenidos, tal como prolijamente se desarrolla en el punto 9 del voto del juez Morin (ver también el punto 1 de este voto).

Esto implica que existe un agravio actual que debe ser analizado y resuelto en esta instancia.

5. Del resumen efectuado en el punto 3 surge claro que el régimen de flagrancia de la ley 27.272 no fue pensado para la justicia penal juvenil (cfr. el punto 15 del voto del juez Morin). En este aspecto, el legislador nacional no ha sancionado un régimen general que reemplace la ley 22.278 ni tampoco estableció un proceso totalmente específico: se ha contentado con fijar un procedimiento especial con respecto al juicio común y establecer algunas reglas generales para la etapa de instrucción. Esto contrasta con la legislación provincial, donde sí pueden encontrarse leyes especiales, como ocurre en la provincia de Buenos Aires.

Por otro lado, también emerge que, en la jurisprudencia, dos son las alternativas planteadas: o se intenta armonizar las disposiciones de la ley 27.272 con el régimen de menores con un esfuerzo interpretativo (que implica en la práctica reconocer la existencia de una *laguna* normativa, que conlleva una tarea *creativa*



del derecho) o establecer la inconstitucionalidad e inaplicabilidad del régimen de menores.

La primera posición choca contra varios obstáculos insalvables: la ley de flagrancia, tal y como está concebida, está orientada a condenar (o absolver) en términos breves, basado en la simplicidad del asunto. Así, la detención inicial puede transformarse en prisión preventiva o bien en excarcelación; ya ésta alternativa colisiona no sólo con las reglas y jurisprudencia internacionales, y sentencias de la Corte Suprema que ha citado el colega Morin, en tanto ellas prevén que la privación de la libertad de los menores debe ser la *última ratio* del sistema; sino que también lo hace con el art. 315, CPPN (de acuerdo con el juez Niño, en su voto citado).

6. Formuladas estas precisiones, se adhiere a los puntos 8, 9, 10, 11, 13, 14 y 15 así como también a la solución propuesta en el voto del juez Morin. Por lo demás, la no aplicación de este régimen de flagrancia a los menores no genera ninguna laguna en tanto pueden seguir aplicándose las reglas como se hacía antes de la ley de flagrancia; y presenta la ventaja de no agravar más los problemas normativos del régimen menores explicados en el voto al que hemos adherido.

Por lo tanto, corresponde declarar la inconstitucionalidad del art. 353 *ter*, CPPN (reformado por ley 27.272) en tanto en el caso particular se detuvo obligatoriamente a los menores implicados sin una evaluación previa de medidas menos gravosas. Asimismo, y atento a que la mencionada ley fue sancionada sin considerar los principios propios del régimen penal juvenil, corresponde establecer que es inaplicable en el caso.

En virtud del acuerdo que antecede, la Sala II de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, por mayoría, **RESUELVE:**

I. HACER LUGAR a los recursos interpuestos por la defensa y el Ministerio Público Fiscal y **DECLARAR LA INCONSTITUCIONALIDAD** del **ART. 353 TER** (cfr. ley 27.272) en cuanto impone la detención obligatoria de menores, a pesar de que tal medida debe ser la *ultima ratio*, previa evaluación de providencias menos gravosas; ello así, en violación a lo establecido por los arts. 14 y 18 de la C.N.; arts. 19, 37 b) y 40, incisos 3 y 4 de la CDN; Reglas 10, 13, 17.1 y 19 de las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores -"Reglas de Beijing"-, considerandos 11, 24, 25 y 71 de la Observación General 10 del Comité de los Derechos del Niño sobre "Los derechos del niño en la justicia de menores" y cc.; sin costas (arts. 455, 456, 465 bis, 470, 530 y 531 del CPPN).

II. Declarar la **INAPLICABILIDAD** de la ley 27.272 con relación a las personas menores de edad, toda vez que la norma fue sancionada apartándose de los principios que deben informar el régimen penal juvenil -en particular, los principios de especialidad y proporcionalidad- y omitiendo el legislador toda consideración a su interés superior, parámetros estos que se desprenden de nuestra Carta Magna y del derecho internacional de los derechos humanos.

Regístrese, notifíquese, comuníquese (acordada 15/13 C.S.J.N y lex 100) y remítase al tribunal de procedencia, sirviendo la presente de atenta nota de envío.

HORACIO L. DÍAS

EUGENIO SARRABAYROUSE

DANIEL MORIN





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2
CCC 2435/2017/2/CNC1

Ante mí:

PAULA GORS
SECRETARIA DE CÁMARA

